Die Konkurrenzklausel.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Carstens

aus Gremsmühlen

Referendar

am Kgl. Landgericht in Coblenz.

Approbiert am 27. Juli 1911.

ACAD. LEG. MAT. BIBL.

Coblenz.

Buchdruckerei von Heinr. L. Scheid, Gemüsegasse 14.

1911.

175

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Literaturverzeichnis und Erklärung der Abkürzungen.

A. D. H. G. B. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 31. Mai 1861.

B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 16. August 1896.

Bolze: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. 1910.

Cosack, Bürg. Recht: Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1900.

D. J. Z. = Deutsche Juristen-Zeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub.

Düringer Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I 1908.

E. G. H. G. B. und E. G. B. G. B. = Einführungsgesetze zum Handels- bzw. Bürgerlichen Gesetzbuch.

Finger: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, 3. Aufl. 1910.

Fromm: Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Königsberg 1905.

Fuld: Das Recht des Handlungsgehilfen. Hannover 1897.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1909.

Gesetz und Recht: 6. Heft 1907 Seite 131 ff (Potthoff).

Gew.-O. = Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band I. Berlin 1868.

Graef: Die Kaufmannsgerichte 1904.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Berlin.

Guggisberg: Die Konkurrenzklausel mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Praxis und der Artikel 1400, 1401, 1402 des Gesetzentwurfs betr. die Ergänzung des Entwurfs eines schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 3. März 1905.

H. G. B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Hahn: Das deutsche Handels- und Seerecht, 4. Aufl. 1909.

Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Habicht: Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 1899.

Hachenburg: „Dienst- und Werkvertrag" in den badischen Annalen, Bd. 64 Seite 171 ff.

Herz: In Holdheims Monatsschriften für Handelsrecht und Bankwesen, 7. Jg. 1898 Nr. 4, Seite 97—99.

Horrwitz: Das Recht des Handlungsgehilfen, 2. Aufl. 1905.

Juristische Wochenschrift 30. Jg. Seite 726.

Kg. = Kaufmannsgericht.

Kaufmann: „Erheblicher Anlaß". Ein Beitrag zur Auslegung von H. G. B. § 75 im „Recht", 9. Jg. 1905 Nr. 6 Seite 157.

Kohler: Beiträge zum Arbeitsvertrag des modernen Rechts im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 84.

Kommentar zum B. G. B. bearbeitet von den Reichsgerichtsräten, Bd. I 1910.

L. G. = Landgericht.

v. Landmann: Kommentar zur Gew.-O., Bd. II 1907.

Lemberg: Vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbe- und Handelsfreiheit. Breslau 1888.

Lehmann-Ring: Kommentar zum H. G. B., 1901.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag, Bd. I. Leipzig 1902.

Makower: Das H. G. B. mit Kommentar. 13. Aufl. 1906.

Ministerialblatt der Handels- und Gewerbeverwaltung, 10 Jg. 1910 Nr. 16 Seite 258 ff.

Mugdan und Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Niedner: Das E. G. zum B. G. B. 1901.

O. L. G. = Oberlandesgericht.

Oertmann: Kommentar zum B. G. B., Bd. I, 2 Aufl. 1908.

Pappenheim: Zum Kaufmannsbegriff des H. G. B. in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1910 Seite 1 ff.

Pappenheim: Das neue Handelsgesetzbuch in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 46 Seite 178, 179.

Pappenheim: Zu Art. 1 Abs. II und III des E. G. zum H. G. B. bei Gruchot, 42. Jg. 1898 Seite 309 ff.

Potthoff im „Recht", 12 Jg. 1908 Nr. 4 und im „Gesetz und Recht", 6. Heft 1907 Seite 131 ff

Planck: Kommentar zum B. G. B., Bd. I und II 1906.

R. O. H. G. = Reichsoberhandelsgericht.

R. G. = Reichsgericht.

v. Randa: Das neue östreichische Handlungsgehilfengesetz (Gesetz vom 16. Januar 1910).

Reinshagen: Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen. Leipzig 1903.

Das **Recht**: Zeitschrift, herausgegeben von Soergel.

Ritter: Die Konkurrenzklausel im neuen Recht in der D. J. Z. 7. Jg. Nr. 15.

Rustige: Die rechtliche Stellung des Handelsvolontärs, 1908.

Schön: Die Kaufmannsgerichte 1906.

Schilling: Die Konkurrenzklausel, ihr Wesen und ihre Bedeutung. Hamburg 1906.

v. Schulz: Die Konkurrenzklausel und ihre Bekämpfung in „Gewerbe- und Kaufmannsgericht", 12 Jg. Nr. 7.

L. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 8. Aufl. 1903.

Soergel: Rechtsprechung zum Zivilrecht etc.

Sohm: Zum Kaufmannsbegriff des H. G. B. in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Jg. 1909 Seite 594 ff.

Staub: Kommentar zum H. G. B., Bd. I 1906, Bd. II 1907.

Staudinger: Kommentar zum B. G. B., Bd. I 1907, Bd. II ^{1}, II ^{2} 1908.

Steiner: Die Konkurrenzklausel nach dem neuen Recht, 1898.

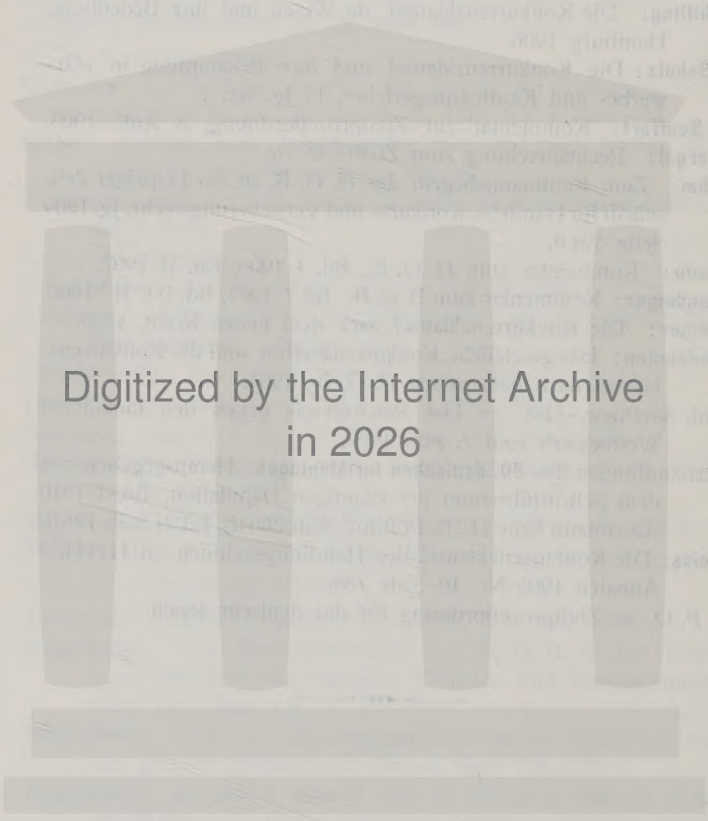
Tiedemann: Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel nach dem neuen H. G. B., 1904.

Unl. Wettbew.-Ges. = Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.

Verhandlungen des **30. deutschen Juristentages**. Herausgegeben von dem Schriftführeramt der ständigen Deputation, Bd. I 1910 (Oertmann Seite 112 ff, Potthoff Seite 266 ff), Bd. II Seite 126 ff.

Weiss: Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen in Hirth's Annalen 1905 Nr. 10 Seite 788.

Z. P. O. = Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0048

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Konkurrenzverbot und Konkurrenzklausel 1
II. Geschichte der Konkurrenzklausel 6
III. Die Konkurrenzklausel in ihrer gegenwärtigen Form.
a) Übergangsbestimmungen 15
b) H. G. B. § 74.
1. Begriff, Wesen, Zweck und Form der Konkurrenzklausel 23
2. Die der Konkurrenzklausel unterworfenen Personen 39
3. Die für die Gültigkeit der Klausel zulässigen Grenzen 49
4. Die Konkurrenzklausel bei Minderjährigen . . 56
c) H. G. B. § 75.
1. Die Fälle, in denen der Prinzipal bei Verletzung der Konkurrenzklausel Ansprüche gegen seinen Angestellten nicht geltend machen kann, die sich daraus ergebenden Folgen und Möglichkeiten einer Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel 61
2. Die Folgen der Verletzung der Klausel durch den Gehilfen 76
d) Übertragbarkeit der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel 85
e) Die Ansprüche des Prinzipals gegen Dritte, welche den Gehilfen zur Übertretung der Klausel veranlaßt haben 89
IV. Die für Streitigkeiten aus der Konkurrenzklausel zuständigen Gerichte 91
V. Unterschiede zwischen H. G. B. §§ 74, 75 und Gew.-O. § 133 f 95
VI. Die gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel in den außerdeutschen Ländern 97
VII. Die in jüngster Zeit auf Aufhebung bzw. Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel gerichteten Bestrebungen 102

I. Konkurrenzverbot und Konkurrenz-Klausel.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit, den zuerst die Gewerbeordnung von 1869 im norddeutschen Bunde und später im Deutschen Reiche statuierte, fand bald eine vielfache Durchbrechung. Besondere Aufmerksamkeit zog hierbei das sogenannte Konkurrenzverbot auf sich. Konkurrenzverbote sind zwischen bestimmten Personen getroffene Abmachungen, durch welche die eine der anderen eine bestimmte Grenze für die Entfaltung ihrer Konkurrenz d. h. Wettbewerbstätigkeit vorschreibt. Man hat nun zu unterscheiden zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Konkurrenzverboten. Erstere nennt man Konkurrenzverbote schlechthin, letztere dagegen Konkurrenzklauseln. Beide Arten weisen mannigfache Ähnlichkeiten auf, sie stellen sich dar als ein Abschnitt des Rechts bestimmter im Gewerbe- oder Handelsbetriebe beschäftigter Personen.

Das gesetzliche Konkurrenzverbot, welches nach H. G. B. § 60 sich auf Handlungsgehilfen bezieht, umfaßt für letztere das Verbot, ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe zu betreiben noch im Handelsgewerbe des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Das ausschlaggebende Moment ist hier, daß *während* der Dauer des Dienstverhältnisses der Gehilfe seine dem Prinzipal anheimgegebene Zeit nicht einem anderen oder sich selbst zur Verfügung stellt, somit durch anderweitiges Schalten und Walten ein direktes Unrecht begeht[1]). Das Verbot einer Schädigung des Prinzipals durch einen

[1]) Kohler S. 6.

seiner Angestellten während der Dauer des Dienstverhältnisses findet sich auch im Unlauteren Wettbewerbungsgesetze vom 7. Juni 1909.

Der § 17 sieht Strafe (Gefängnis bis zu 1 Jahre und Geldstrafe bis zu 5000 Mark oder eine dieser Strafen) und der § 19 Schadenersatz nur für den Fall vor, daß ein Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses Geschäftsgeheimnisse unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, seinem Prinzipal Schaden zuzufügen, mitteilt.

Die Konkurrenzklausel sucht den Prinzipal für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses gegen den Wettbewerb seiner früheren Gehilfen zu schützen. Die grundlegenden Bestimmungen sind im H. G. B. §§ 74, 75 niedergelegt und beziehen sich auf Handlungsgehilfen; eine Nachbildung des H. G. B. § 74 findet sich in der Gew.-O. § 133 f. Ebenso, wie sich im § 17 Unl. Wettb. Ges. vom 7. Juni 1909 an das gesetzliche Konkurrenzverbot Anklänge finden, so auch an das vertragliche Konkurrenzverbot, bei letzterem jedoch nur für den Fall, daß die Kenntnis der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse durch eine gegen das Gesetz und die guten Sitten verstoßende Handlung erlangt ist; alsdann gilt auch über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus das Verbot, diese Geheimnisse an andere mitzuteilen oder zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt zu verwerten. Während bei der Aufstellung des gesetzlichen Konkurrenzverbots der §§ 60/1 H. G. B. die Absicht des Gesetzgebers darauf gerichtet gewesen ist, wohlberechtigte Interessen des Prinzipals gegenüber dem Gehilfen zu schützen, ohne doch zu weit in die Sphäre der individuellen Freiheit des letzteren einzugreifen, ist es der Zweck der §§ 74/5 H. G. B., zum Schutze des Gehilfen die zwischen ihm und seinem Prinzipal bestehende Vertragsfreiheit in gewisser Richtung zu beschränken[1]).

---

[1]) Tiedemann S. 77.

Die Bestimmungen des H. G. B. § 60 1 sind dispositiver Natur, so daß der Prinzipal während der Dauer des Dienstverhältnisses den Gehilfen in jeder Beziehung in seiner gewerblichen Tätigkeit einschränken kann; dagegen sind die §§ 74/5 H. G. B. zwingende Vorschriften.

Eine spezielle gesetzliche Regelung erfuhr in Deutschland zuerst das gesetzliche Konkurrenzverbot und zwar im Allgemeinen Landrecht von 1794 (II. 8. § 523 ff). Jedoch unterlag dem Verbote nur eine einzige Person, nämlich der Faktor, welcher „ohne ausdrückliche Erlaubnis des Prinzipals Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung nicht betreiben durfte".

Im A. D. H. G. B. fanden sich ähnliche Bestimmungen; nach den Art. 56, 59 dürfen Handlungsgehilfen, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte weder für eigene noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen. Das H. G. B. vom 10./5. 1897 hat diese Bestimmungen übernommen und in seinen §§ 60/1 noch erweitert auf das Verbot, überhaupt ein Handelsgewerbe schlechthin zu betreiben.

Die spezielle Gestaltung der Konkurrenzklausel oder, wie gesagt, des vertragsmäßigen Konkurrenzverbots ist jüngeren Datums. Das A. D. H. G. B. wies hier eine Lücke auf, die sich bald empfindlich fühlbar machte.

Erst das H. G. B. vom 10./5 1897 hat hier in den §§ 74/5 eine Regelung gebracht, die freilich im Gegensatz zu den §§ 60, 61 H. G. B. hart angefochten und bekämpft worden sind. Vor dem Inkrafttreten des neuen H. G. B. begnügte man sich mit den allgemeinen Vorschriften, welche gegen die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit in einer die guten Sitten und das öffentliche Interesse verletzenden Weise zum Schutze des einzelnen erlassen waren.

Was die Personen anbelangt, welche unter die beiden Konkurrenzverbote fallen, so ist beim gesetzlichen Konkurrenzverbote zu bemerken, daß, wenn oben schon vom Handelsgewerbebetrieb durch einen einzelnen die Rede war, die Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft (H. G. B. § 112),

Kommanditgesellschaft (H. G. B. §§ 161 II, 165), Aktienkommanditgesellschaft (H. G. B. § 326) als persönlich haftender Gesellschafter, wie auch die Tätigkeit als Geschäftsinhaber bei einer stillen Gesellschaft[1]) ohne weiteres als Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne von H. G. B. § 60 anzusehen ist und daher dem gesetzlichen Konkurrenzverbot unterliegt. Dagegen ist die Beteiligung des Gehilfen an einer Aktiengesellschaft als Aktionär, an einer Handelsunternehmung als stiller Gesellschafter wie auch die Beteiligung als Mitglied an einer G. m. b. H., einer eingetragenen Genossenschaft oder als Kommanditist an einer Aktienkommanditgesellschaft dem gesetzlichen Verbote der §§ 60, 61 H. G. B. nicht zu subsumieren, soweit der Handlungsgehilfe nicht an der Geschäftsführung oder Vertretung teilnimmt.

Beachtenswert ist die Frage, ob einem Gehilfen, der sich an einer Kommanditgesellschaft als Kommanditist beteiligt, von seinem Prinzipal diese Beteiligung untersagt werden kann, mit anderen Worten: Ist die Beteiligung als Kommanditist als Betrieb eines Handelsgewerbes anzusehen, der gemäß den Regeln über das gesetzliche Konkurrenzverbot (H. G. B. § 60) von der Einwilligung des Prinzipals abhängig ist? Düringer, Hachenburg[2]) verneinen diese Frage. Nach ihnen verlangt der Betrieb eines Handelsgewerbes eine auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit, die als solche nach außen hin hervortritt. Der Kommanditist ist kein Kaufmann, er tritt nach außen hin nicht als Geschäftsmann auf, sein Name darf nicht in die Firma aufgenommen werden; in das Handelsregister wird er zwar eingetragen, aber die Veröffentlichung unterbleibt (ebenso Staub Anm. 18 zu § 1; Lehmann-Ring § 1 Anm. 13).

Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Cosack (S 701) und besonders Pappenheim (in der Kieler Festgabe für

[1]) vergl. Cosack S. 705 VI 4. Ein Konkurrenzverbot ist weder dem Geschäftsinhaber noch dem stillen Gesellschafter auferlegt. Doch wird es sich für den ersteren regelmäßig aus dem Gesellschaftsvertrage ableiten lassen.

[2]) S. 104.

Häuel 1907). Bemerkenswert sind insbesondere Pappenheims Ausführungen in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht [1]), wo er der abweichenden Ansicht Sohms (in derselben Zeitschrift [2]) entgegentritt. Pappenheim ist zwar der Ansicht, daß im Falle einer neuen gesetzlichen Regelung der Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft eine Ausschließung des Kommanditisten aus der Zahl der Kaufleute wünschenswert sei und eine gewisse innere Berechtigung habe, daß aber bei den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht daran gedacht werden könne, dem Kommanditisten die Kaufmannseigenschaft abzusprechen. Er bezeichnet diese als eine von den Konsequenzen, in denen die Unrichtigkeit der der Kommanditgesellschaft überhaupt zuteil gewordenen gesetzlichen Regelung zutage trete. Nach Pappenheim ist die Stellung des Kommanditisten die eines Kaufmanns und Mitprinzipals. Von den gesetzlichen Bestimmungen, auf die er seine Ansicht gründet, sei nur die des § 28 H. G. B. herangezogen. Hier heißt es, daß, wenn jemand als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmannes eintrete, die Gesellschaft für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des „früheren Geschäftsinhabers" hafte. Von dem früheren Geschäftsinhaber aber könne das Gesetz nur sprechen, wenn es davon ausgehe, daß er jetzt nicht mehr der Geschäftsinhaber sei. Er wäre dies jedoch nach wie vor, wenn nicht der Kommanditist durch seinen Eintritt ebenfalls Geschäftsinhaber geworden wäre. Ferner beruft sich Pappenheim auf die Nürnberger Konferenz (Protokolle III 1094): „Während bei der stillen Gesellschaft, der früheren Kommandite, der stille Gesellschafter lediglich als ein Kapitalist erscheine, der sein Geld in ein fremdes Handelsgeschäft einlege, erschienen die Komplementäre und die Kommanditisten selbst als Mitteilhaber des Handelsgeschäfts und des

[1]) Jg. 1910, S. 1 ff.
[2]) Jg. 1909, S. 594 ff.

Handelsnamens, daher als Mitglieder einer und derselben Gesellschaft". Es bedeute demnach einen Widerspruch, wenn der Kommanditist zwar als Handelsgesellschafter, aber nicht als Mitinhaber des Handelsgeschäftes betrachtet würde.

Den Ausführungen Pappenheims kann man sich schwer verschließen, sie sind beachtens- und billigenswert. Sonach darf der Handlungsgehilfe Kommanditist werden, also ohne Einwilligung seines Prinzipals ein Handelsgewerbe betreiben. Ein Nachteil wird für den Prinzipal hieraus schwerlich erwachsen, zumal der Gehilfe als Kommanditist aktiv fast gar nicht an dem Geschäftsgange der Kommanditgesellschaft beteiligt ist, seine Arbeitszeit und -kraft also stets zur Verfügung seines Prinzipals bereithält; er ist nur pekuniär durch Kapital-, Gewinn- und Verlustanteil beteiligt.

Der Konkurrenzklausel unterstehen nach H. G. B 74 nur die Handlungsgehilfen und Lehrlinge und nach Gew.-O. 133 f die in Gew.-O 133 a bezeichneten Personen, wie Betriebsbeamte, Werkmeister, Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker und dergleichen. Der Gesetzgeber hat bei der Regelung der Konkurrenzklausel für die Handlungsgehilfen und Lehrlinge besser gesorgt als für die gewerblichen Gehilfen, Gesellen und Lehrlinge. Letztere sind leer ausgegangen; für sie gelten noch die Vorschriften, die vor dem Inkrafttreten des H. G. B. von 1897 auch für die Handlungsgehilfen und Lehrlinge galten, nämlich, daß Einschränkungen der gewerblichen Tätigkeit nichtig sind, wenn sie gegen die guten Sitten, die Gewerbefreiheit und die öffentliche Ordnung verstoßen.

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß die Verjährungsfrist bei dem Konkurrenzverbot 3 Monate bzw. 5 Jahre, bei der Konkurrenzklausel 30 Jahre beträgt.

II. Geschichte der Konkurrenzklausel.

Was die Geschichte der Konkurrenzklausel angeht, so ist die gesetzliche Regelung derselben, wie schon oben erwähnt, noch jung. Die in der neuesten Zeit immer häufiger

vorkommende vertragsmäßige Beschränkung der gewerblichen Freiheit ist eine natürliche Folge des gesetzlich freigegebenen Gewerbebetriebes.

Die Römer kannten keine Konkurrenzklausel, trotzdem sie eine ausgedehnte Gewerbefreiheit besaßen. Aber dies war auch ganz natürlich; die Gehilfen und Angestellten des römischen Kaufmannes bei Handel und Gewerbe waren zum großen Teil die Sklaven und Haussöhne, da freie Personen zwecks Förderung des Erwerbes eines anderen sich nicht in Abhängigkeit von diesem zu begeben pflegten. Darauf deutet schon der Satz hin: „Per liberas personas adquiri nihil nobis potest." Bezüglich der Haussöhne brauchte der Vater nach deren Freilassung aus der väterlichen Gewalt eine Konkurrenztätigkeit wohl kaum zu fürchten, da sie meistens das Geschäft des Vaters nach dessen Tode fortsetzten bzw. sich noch zu des Vaters Lebzeiten an demselben beteiligten. Solange ein Sklave bzw. Haussohn noch in der Gewalt seines Herrn bezw. Vaters stand, erwarb er alles, was er sich erarbeitete, nicht sich selbst, sondern seinem Gewalthaber; er war also zwar erwerbsfähig aber nicht vermögensfähig. Ließ der Herr seinen Sklaven frei, so konnte er sich für irgend welche Konkurrenztätigkeit des Sklaven dadurch entschädigen, daß er unter Berufung auf seine Patronatsrechte sich bei der Freilassung gewerbliche oder andere geldwerte Dienste (operae fabriles, pictoriae etc.) in Stipulationsform versprechen ließ, also dem libertus in wirtschaftlicher Hinsicht Hemmnisse in den Weg legte. Dem libertus aber geradezu den Betrieb eines Ge-Gewerbes zu untersagen, sei es ganz allgemein, sei es am selben Ort oder in derselben Branche, dazu war der Patron nicht berechtigt (siehe l. 2 und l. 18 D. 37. 14: „Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent" und „Quaero an libertus prohiberi potest a patrono in eadem colonia, in qua ipse negotiatur, idem genus negotii exercere. Scaevola respondit non posse prohiberi").[1] War dem Herrn

[1] Reinshagen S. 6.

dagegen nur unter Verzicht auf das Patronatsrecht die Möglichkeit gegeben, den Sklaven frei zu lassen, so tat er, wenn er eine Konkurrenztätigkeit seitens des Freigelassenen befürchten mußte, am besten, wenn er ihn überhaupt nicht frei ließ.[1])

Auch dem alten deutschen Recht war der Begriff einer Konkurrenzklausel fremd, die Germanen waren kein Handelsvolk. In den ältesten Zeiten hatten wir die „geschlossene Hauswirtschaft"; was in der Wirtschaft produziert wurde, ward auch daselbst verbraucht. Kein Tausch, kein Handel! Eine wirkliche Bedeutung gewann in Deutschland die Entfaltung einer Konkurrenztätigkeit erst im Mittelalter, als mit dem Emporblühen der Städte des Mittelmeeres, mit der Entdeckung Amerikas der Handel einen gewaltigen Aufschwung nahm und auch in Deutschland seinen Einzug hielt. Mit dem Erstarken des Handels war zugleich eine machtvolle Entfaltung des Gewerbes verbunden. Eine eigentliche spezielle gesetzliche Regelung für die Konkurrenztätigkeit gab es auch damals noch nicht, vielmehr nur eine mehr natürliche, durch die Verhältnisse bedingte und wie man auch sagen kann, eine indirekt gesetzliche; letztere um deswillen, weil die gesetzlich anerkannte Zunftverfassung mit ihrer eigenen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit die betreffende Angelegenheit in die Hand nahm und auch nehmen mußte. War zu einer Zeit, wo die Handwerker oder Kaufleute noch vollständig allein ihre Geschäfte betrieben, die Zunftverfassung ohne nennenswerten Einfluß auf ein Wettbewerbsverbot, so trat ein Wechsel ein mit dem Anwachsen des Verkehrs, mit dem Erstarken des Handels, als sich der Geschäftsinhaber gezwungen sah, Gehilfen hinzuzuziehen[2]). Da erst bekam er durch die Verfassung seiner Zunft und Gilde die Mittel in die Hand, dem Wettbewerbsversuchen von „Bönhasen, Pfuschern" oder aus seinem Dienste entlassenen Gesellen, Gehilfen und Lehrlingen zu steuern. Der Zunftzwang galt, d. h. das Recht auf den selbständigen Betrieb

[1]) Lemberg S. 11.
[2]) Gierke I S. 404.

eines Gewerbes war nur den in die Zunft aufgenommenen Meistern eingeräumt. Noch schärfer war die Einschränkung der Konkurrenz zur Zeit der geschlossenen d. h. auf eine bestimmte Anzahl von Meistern beschränkten Zünften und zur Zeit der gesperrten Zünfte, welch letztere Auswärtige überhaupt nicht aufnahmen.

Die Konkurrenzklausel hatte also, um mit Reinshagen[1]) zu sprechen, keine Existenzberechtigung, solange die Kaufleute in den Verfassungen ihrer Zünfte gesetzliche Mittel hatten, um den Wettbewerb von „Ungenossen" von sich fern zu halten.

Anders wurde es mit der Einführung der Gewerbefreiheit. Die strenge Zunftverfassung verschwand und damit auch das Mittel, sich eine unbequeme Konkurrenz vom Halse zu halten. Jetzt mußte jeder Gewerbetreibende fürchten, in seinem Lehrling oder Gehilfen, denen er die Geheimnisse seiner speziellen Tätigkeit nicht verbergen konnte, sich einen gefährlichen Konkurrenten zu erziehen, welcher die bei ihm gewonnenen Erfahrungen bei seinem Austritt ohne weiteres zur Gründung eines ähnlichen Geschäfts oder zum Eintritt in ein Konkurrenzgeschäft verwerten konnte[2]). Es war daher ganz natürlich, wenn sie auf ein Mittel sannen, um sich vor einer wirtschaftlichen Benachteiligung und Schädigung durch ihren früheren Gehilfen zu schützen. Und dieses Mittel fand sich in der Gestalt von privaten Verträgen.

Schon durch das preußische Edikt vom 2. November 1810 über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer, welches die Gewerbefreiheit verkündete, in Verbindung mit der Kabinettsordre vom 19. April 1813, waren in den Landesteilen, in welchen das Edikt und die Kabinettsordre publiziert worden waren, vertragliche Konkurrenzverbote, die den selbständigen Betrieb eines Gewerbes ganz oder in gewissen Beziehungen untersagten, als unzulässige Beschränkung

[1]) Reinshagen S. 7.
[2]) Kohler S. 11.

der gesetzlich gegebenen Gewerbefreiheit aufgefaßt und deshalb als nichtig behandelt worden. Dagegen war dieselbe oder ähnliche Bestimmung für unselbständige, also in einem Dienstverhältnis stehende Personen, nicht vorhanden[1]).

Mit diesen Verträgen nun, welche das Verbot einer Konkurrenztätigkeit für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses auferlegten, ward bald ein starker Mißbrauch getrieben, da es an einer spezielleren gesetzlichen Regelung fehlte. Zulässig an sich war jedenfalls die Einschränkung der gewerblichen Tätigkeit, strittiger und schwieriger war nur die genauere Fixierung der Grenzen, innerhalb welcher eine solche Einschränkung zu Recht bestände. Die Praxis stand anfangs auf einem wechselnden Standpunkt. Das Reichsoberhandelsgericht[2]) ging davon aus, daß ein Konkurrenzverbot nichtig sei, wenn weder zeitliche noch örtliche Grenzen in ihm enthalten seien. Das Reichsgericht[3]) bekannte sich gerade zu der entgegengesetzten Ansicht, nahm jedoch später[4]) den Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts an und bestimmte, daß solche Vereinbarungen an und für sich gültig seien, daß sie jedoch als unsittlich und nichtig anzusehen seien, wenn sie geeignet wären, die wirtschaftliche Selbständigkeit und Tätigkeit des einzelnen geradezu zu vernichten. Nur ein solches Konkurrenzverbot wurde für zulässig und wirksam gehalten, welches zeitlich und örtlich in einer Weise beschränkt sei, daß die oben bezeichnete Folge ausgeschlossen erscheint. Außerdem erkannten die Gerichte die Klausel nur als für den Fall bedungen an, daß der Handlungsgehilfe selbst das Dienstverhältnis löste oder die Auflösung veranlaßte[5]).

Im A. D. H. G. B. war, wie schon früher gesagt, eine spezielle gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel nicht

---

[1]) Reinshagen S. 8.
[2]) Bd. 16 S. 160; Bd. 7 S. 418.
[3]) Bd. 2 S. 119.
[4]) Bd. 31 S. 97.
[5]) Düringer Hachenburg zu § 74 I.

erfolgt. Als es an die Revision des A. D. H. G. B., an die Schaffung des neuen H. G. B. ging, wurde überall der Wunsch rege, für die Konkurrenzklausel bestimmte gesetzliche Normen aufzustellen, um der schwankenden und teilweise recht unbefriedigenden Rechtssprechung feste Grenzen zu setzen. Auch die Denkschrift zum H. G. B. von 1897, die sich über den bedeutenden Mißbrauch, welcher mit den Konkurrenzverboten getrieben wurde, beschwert, sagt, daß die Klagen hierüber allgemein seien, und daß die Mitteilungen, die von den durch die Kommission für Arbeiterstatistik vernommenen Prinzipalen und Gehilfen gemacht worden seien, die Berechtigung dieser Klagen nur bestätigt hätten.[1]) Zwei Rechtssätze des alten römischen Rechts, über welche die Rechtsprechung nicht hinausgehen durfte, nämlich: „Turpes stipulationes nullius esse momenti“ (l. 26 D. 45. 1) und „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest“ (l. 38. D. 2. 14) einmal, der Grundsatz der Gewerbefreiheit zum andern mußten in ihrer Verbindung die Grenze für die neue Gestaltung der umstrittenen Frage bilden.[2])

Im Reichsjustizamte war 1895 ein Entwurf zum H. G. B. ausgearbeitet worden, der aber über die Konkurrenzklausel kein Wort enthielt. Eine Sachverständigenkommission, welcher dieser Entwurf vorgelegt wurde, trat einstimmig für eine gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel ein. Aber über die Frage, wie eine solche Regelung stattfinden solle, gingen die Meinungen weit auseinander. Von der einen Seite ward sehr radikal vorgegangen und kurzerhand das Verbot jedweder Konkurrenzklausel gefordert; dem gegenüber nahm die andere Seite den Prinzipal in Schutz und vertrat die Ansicht, daß der Prinzipal zur Wahrung seiner wirtschaftlichen Existenz in manchen Fällen geradezu gezwungen sei, sich durch Vertrag gegen gefährliche Konkurrenz zu sichern, besonders treffe eine derartige Notwendigkeit hinsichtlich der Kleinbetriebe zu.

[1]) Hahn Mugdan S. 241.

[2]) Steiner S. 3.

Der 1. Entwurf zum H. G. B. aus dem Jahre 1896 erkannte die bisher gemachten bezüglichen Vorschläge, Erörterungen, Gutachten etc. an und bestimmte im § 67: „Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird.

Löst der Prinzipal, ohne daß in der Person des Handlungsgehilfen ein genügender Grund vorliegt, das Dienstverhältnis auf, oder gibt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses, so kann er aus einer Vereinbarung der im Absatz I bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Eine entgegengesetzte Vereinbarung ist nichtig.“

Durch den Entwurf von 1897 zerfiel der § 67 des Entwurfs von 1896 in zwei Teile, die §§ 73 und 74. Beide Paragraphen wiesen im Vergleich zum bisherigen § 67 manche Änderungen, sowohl hinsichtlich der Form, als auch hinsichtlich des Inhalts auf. Der II. Absatz des bisherigen § 67 war nunmehr im § 74 niedergelegt; zum § 74 neu hinzugekommen war als II. Absatz folgende Bestimmung:

„Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen. Die Vorschriften des B. G. B. über die Herabsetzung einer verhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.“ Dieser Absatz II des § 74, sowie der Absatz I des § 74, welch letzterer außer einigen Kleinigkeiten dem bisherigen § 67 Absatz II entsprach, wurden zum jus cogens. Zum § 73 des Entwurfs von 1897 ist noch zu bemerken, daß er, den Absatz I des bisherigen

§ 67 darstellend, noch folgenden neuen Zusatz erhielt: „Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Vertragsschlusses minderjährig ist."

Diese beiden §§ 73, 74 des Entwurfs kamen im Plenum des Reichstages in den Sitzungen vom 9. und 10. Februar 1897 zur Beratung und gaben zu lebhaften Debatten Anlaß. Gefordert wurde eine zeitliche Begrenzung der Konkurrenzklausel, ferner die Fortzahlung des Gehalts während der Dauer der Vertragsbeschränkung; Gültigkeit sollte die Klausel nur haben bei höher bezahlten Handlungsgehilfen.[1])

Man überwies den Entwurf an eine Kommission von 21 Mitgliedern. Auch hier gab es harte Kämpfe. Von den verschiedenen Abänderungsanträgen seien nur einige erwähnt. So wurde verlangt, jede Konkurrenzklausel aufzuheben, sie kurzerhand für nichtig zu erklären. Nur Handlungsgehilfen, welche weniger als 3000 Mk. Jahreseinkommen bezögen, sollten an eine Konkurrenzklausel nicht gebunden sein. Als zeitliche Grenze wurden bald 3 Jahre, bald 1 Jahr verlangt. Gültig solle nur das Verbot des Eintritts in ein Geschäft gleicher Branche oder der Begründung eines Geschäfts gleicher Branche innerhalb der Entfernung von 1 km von der Betriebsstätte des vertragschließenden Prinzipals ab sein. Eine Konventionalstrafe sollte die Hälfte des Jahresgehalts des vertragschließenden Handlungsgehilfen nicht übersteigen etc. etc.[2])

Die Kommission nahm nur einen der zu § 73 gemachten Abänderungsvorschläge an, nämlich, daß eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit nur auf eine Höchstdauer von 3 Jahren zulässig sei, und hielt im übrigen die Regierungsvorlage aufrecht. Der § 74 erhielt in der Kommission den Zusatz, daß der Prinzipal, auch wenn von seiner Seite eine Kündigung erfolgte, die Konkurrenzklausel durch Fortzahlung des zuletzt vom Handlungsgehilfen bezogenen Gehalts aufrecht erhalten könne.

[1]) Hahn Mugdan S. 467, 475, 483, 503/4, 522/3.
[2]) Hahn Mugdan S. 564/5.

In der II. Beratung im Plenum des Reichstages wurden die §§ 73/4 so, wie die Kommission sie beantragt hatte, nach hartem Kampf angenommen.[1])

In der III. Beratung ward der Entwurf des gesamten Handelsgesetzbuches so, wie er sich aufgrund der in II. Lesung gefaßten Beschlüsse gestaltet hatte, einstimmig angenommen.[2])

Die §§ 73/4, im neuen H. G. B. als §§ 74/5 sind mit dem 1. Januar 1898 in Kraft getreten und lauten:

§ 74: Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als 3 Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

§ 75: Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70/1 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt,

---

[1]) Hahn Mugdan S. 696/7.

[2]) Hahn Mugdan S. 762/3.

eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des B. G. B. über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

III. Die Konkurrenzklausel in ihrer gegenwärtigen Form.

a) Uebergangsbestimmungen.

Das H. G. B. vom 10./5. 1897 ist gemäß Art. 1 Abs. 1 E. G. zum H. G. B. gleichzeitig mit dem B. G. B. am 1. Januar 1900 in Kraft getreten, jedoch ist gemäß Abs. 2 Art. 1 E. G. zum H. G. B. eine Ausnahme gemacht worden zugunsten des 6. Abschnittes des I. Buches des H. G. B. Mit Ausnahme des § 65 treten die dem erwähnten Abschnitt unterstellten Paragraphen bereits am 1. Januar 1898 in Wirksamkeit. Die Bestimmung beruht auf sozialen Gründen der gemeinen Wohlfahrt (Düringer Hachenburg[1]). Fraglich kann hier sein, ob das E. G. zum H. G. B. auch erst am 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist. Düringer Hachenburg[2]) bejahen diese Frage. Dieser Ansicht werden wir uns aber nicht anschließen können. Wäre das E. G. zum H. G. B. erst 1900 in Kraft getreten, so hätte auch erst von diesem Zeitpunkt an der 6. Abschnitt des I. Buches des H. G. B. in Kraft treten können. Abs. 2. Art. 1 E. G. zum H. G. B. mit seiner Bestimmung des vorzeitigen Inkrafttretens des 6. Abschnittes wäre dann überflüssig gewesen, eine noch nicht in Kraft befindliche Bestimmung kann nicht anderen Bestimmungen Gesetzeskraft verleihen. In dem E. G. zum H. G. B. ist aber ein besonderer Anfangstermin

---

[1]) Zu § 75 III.
[2]) S. 33 c.

für sein Inkrafttreten nicht bestimmt. Es greift also Art. 2 der Reichsverfassung Platz, wonach, wenn in dem publizierten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft nicht bestimmt ist, letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages beginnt, an welchem das betr. Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist. Hiernach ist also das E. G. zum H. G. B. mit dem 14. Tage nach dem Ablauf des 21. Mai 1897, also mit dem 4. Juni 1897 in Kraft getreten (ebenso Pappenheim[1]).

Meinungsverschiedenheiten bringt die Frage mit sich, ob auf die Konkurrenzklauseln derjenigen Dienstverträge, die bereits am 1. Januar 1898 bestanden haben, oder die schon vor dem 1. Januar 1898 eingegangen sind, aber erst am 1. Januar 1898 in Wirksamkeit treten sollten, oder der Dienstverträge, die am 1. Januar 1898 nicht mehr bestanden die §§ 74/5 H. G. B. Anwendung finden. Pappenheim[2]) und das Reichsgericht[3]) verneinen diese Frage. Das Reichsgericht legt nur den Bestimmungen, die mehr polizeilicher Natur sind und die Gesundheit und Sittlichkeit der Gehilfen schützen sollen, rückwirkende Kraft bei. Staub[4]) und Düringer Hachenburg[5]) dagegen bejahen die Frage. Es liege eine Vorschrift zwingenden Rechts vor, die gesetzgeberische Bedeutung der §§ 74/5 sei so hoch, daß man ihnen unbedingt rückwirkende Kraft beimessen könne. Ganz allgemein gesprochen, haben Gesetze regelmäßig keine rückwirkende Kraft. Die Voraussetzungen für die Begründung eines Rechtsverhältnisses sowie die Wirkung desselben bestimmen sich grundsätzlich nach den Gesetzen der Begründungszeit. Nur ausnahmsweise können Gesetzesbestimmungen rückwirkende Kraft haben. In diesem Falle muß aber der besondere Wille des Gesetzgebers erkennbar her-

---

[1]) Zeitschrift für d. gesamte Handelsrecht Bd. 46 S. 178/9.
[2]) bei Gruchot 42 Jg. S. 309 ff.
[3]) 42, 97; 43, 23; 48, 132.
[4]) Anm. 16 zu § 74.
[5]) Anm. 16 zu § 74 und Anm. 12 zu § 75.

vortreten. Ohne weiteres ist dies der Fall, wenn das Gesetz die Rückwirkung ausdrücklich ausspricht. Schwieriger wird die Sachlage, wenn eine solche ausdrückliche Bestimmung fehlt. Hier hat das Reichsgericht[1]) bezüglich aller dispositiven Vorschriften des neuen Rechts eine Rückwirkung verneint. Andererseits ist aber auch nicht allen zwingenden Vorschriften schon mit Rücksicht auf ihren zwingenden Charakter eine Rückwirkung zuzusprechen. Denn daraus, daß der Gesetzgeber für die Zukunft eine zwingende Regelung trifft, geht sein Wille, daß auch in bestehende Rechtsverhältnisse eingegriffen werden soll, noch nicht deutlich hervor (Reichsger.-Entsch. 42, 99). Es greift vielmehr derselbe Grundsatz Platz, wie bei der gleichen Frage auf räumlichem Gebiete. Die Anwendung fremden Rechts muß, wie Pappenheim[2]) ausführt, da ihre Grenze finden, wo sie zur Verwirklichung von Zuständen führen würde, die das heimische Recht als unsittlich im weiteren Sinne verwirft. Daher ist das neue Gesetz insoweit ausschließlich anwendbar, als die Anwendung des alten Gesetzes gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck des neuen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30 E. G. zum B. G. B.). Dies ist immer dann der Fall, wenn das neue Gesetz gegenüber dem bisherigen Rechtszustand eine wesentliche Änderung enthält, wenn es Zustände beseitigen will, deren Fortbestehen ihm aus sozialen, sittlichen, wirtschaftlichen oder politischen Gründen als unhaltbar erschienen ist (ebenso Düringer Hachenburg[3]) und Staub[4]).

Nach der Ansicht Düringer Hachenburgs und Staubs, welcher wir uns auch nicht werden verschließen können, liegen diese Voraussetzungen in Ansehung der §§ 74/5 vor. Wenn nach dem Reichsgericht nur diejenigen Bestimmungen über die Handlungsgehilfen, welche mehr

---

[1]) 42, 102.
[2]) bei Gruchot 42 Jg. S. 309 ff.
[3]) S. 35.
[4]) Anm. 13 zur allgem. Einleitung.

polizeilicher Natur und die Gesundheit und Sittlichkeit zu schützen bestimmt sind, rückwirkende Kraft haben, so ist, wie Staub mit Recht bemerkt, solchen Anschauungen gegenüber auszuführen, daß auch die sonstigen sozialpolitischen Bestimmungen rückwirkende Kraft haben müssen, auch wenn es nicht polizeiliche oder kriminelle Mittel sind, die zu ihrer Durchführung dienen, und wenn sie auch nicht gerade die leibliche und sittliche, sondern auch wenn sie die sonstige, insbesondere die wirtschaftliche Wohlfahrt im Auge haben. Die sozialpolitischen Bestimmungen der letzteren Art sind dem Gesetzgeber unserer Zeit nicht minder wichtig erschienen, wie jene anderen, und es muß ihnen die gleiche Intensität der Geltungskraft zuerkannt werden, wie jenen. Die §§ 74/5 sind soziale Vorschriften, erlassen zum Zwecke des Schutzes der wirtschaftlich Schwächeren, sie sollen den teilweise recht unbefriedigenden Rechtszustand vor dem 1. Januar 1898 abhelfen. Weshalb nun nach dem 1. Januar 1898 den Gehilfen, die bereits vor diesem Zeitpunkt sich verpflichtet haben, nicht dieselben Vergünstigungen der §§ 74/5 zukommen sollen, wie denjenigen Gehilfen, die erst nach dem 1. Januar 1898 unter Vereinbarung einer Konkurrenzklausel in Dienst getreten sind, ist nicht einzusehen. Der Zweck der §§ 74/5, und darauf deutet schon ihr früheres Inkrafttreten hin, ist, den sozialen Übelständen auf dem Gebiete der Konkurrenzklausel sobald wie möglich abzuhelfen, die Vorteile der §§ 74/5 den Gehilfen möglichst bald zuteil werden zu lassen. Es würde sich im Fall einer Verneinung der rückwirkenden Kraft der §§ 74/5 ein Zustand ergeben dergestalt, daß ein Teil der Gehilfen der Vorteile der §§ 74/5 in vollem Maße teilhaftig wäre, während dagegen diejenigen, die vor dem 1. Januar 1898 sich verpflichtet hätten, den bisherigen, ihnen also ungünstigeren Gesetzen unterworfen blieben. Es wären also Gesetzesbestimmungen vorhanden, die gleichmäßig auf alle Handlungsgehilfen Anwendung finden sollen, aber doch einzelne Kategorien von Angestellten von der Anwendung ausschließen.

Die Ansicht von Staub und Düringer, Hachenburg in vollem Umfange zu billigen, werden wir uns aber nicht verstehen können. Entscheidend ist, daß neue Vorschriften auf ältere Verhältnisse nur angewendet werden dürfen, sofern sie zwingend sind und nicht höhere Gründe entgegenstehen. Und zu diesen entgegenstehenden Gründen gehören allerdings auch die berechtigten Interessen des Prinzipals, und diese Interessen können schwer wiegen und unter Umständen durch einen Eingriff in die einmal begründeten Verhältnisse empfindlich getroffen werden. Besonders gilt dies in Ansehung des Abs. 3 des § 74, wonach die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel bei Minderjährigkeit des Gehilfen nichtig ist. Eine Anwendung dieser Bestimmung auf bereits vor 1898 abgeschlossene Verträge werden wir verneinen müssen. Es wäre, wie Habicht[1]) sagt, eine nicht gebotene Härte gegen den Prinzipal, eine Vereinbarung dieser Art, die er vor dem Inkrafttreten jener Gesetze, vielleicht vor ihrem Erlaß, mit dem Vater oder Vormund des Minderjährigen geschlossen hat, nachträglich für nichtig zu erklären, obgleich er vielleicht sonst den Minderjährigen gar nicht in sein Geschäft aufgenommen oder ihm keinen Einblick in diejenigen Verhältnisse und Beziehungen gewährt hätte, deren Kenntnis dieser nun zu seinem Schaden ausnutzen kann[2]). Außerdem würde die Anwendung des Abs. 3 des § 74 auf ältere Vereinbarungen dem allgemeinen Grundsatze zuwiderlaufen, daß die Handlungsfähigkeit der Vertragschließenden nach der Zeit des Vertragsschlusses zu beurteilen ist.

---

[1]) S. 194.

[2]) Beispiel (vergl. Habicht S. 561): A. hat 1890 seinen minderjährigen Kommis B. durch eine nach damaligem Recht vollgültige und sich in den Grenzen des § 74 haltende Klausel konkurrenzunfähig gemacht und hat ihn im Vertrauen auf die Klausel in alle seine Geschäftsgeheimnisse eingeweiht. Der Gehilfe tritt am 1. Januar 1898 aus dem Geschäfte aus. Soll diese Klausel von 1898 an ungültig und A. der Konkurrenz des B. wehrlos preisgegeben sein?

Was nun eine Ergänzung des H. G. B. durch andere Gesetze anbelangt, so bestimmt Art. 2 E. G. zum H. G. B., daß in Handelssachen die Vorschriften des B. G. B. nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im H. G. B. oder E. G. zum H. G. B. ein anderes bestimmt ist. Das bürgerliche Recht ist dem Handelsrecht gegenüber subsidiär. Es ist stets anwendbar, sofern nicht das H. G. B. eine besonders, wenn auch nur dispositive Regel enthält. In einer Reihe von Fällen baut das H. G. B. auf dem B. G. B. auf und gibt nur ergänzende Vorschriften, so z. B. hinsichtlich der Materie der Handlungsgehilfen. Überall wird das H. G. B. aus dem B. G. B. ergänzt werden müssen. Es ist daher stets ein Zurückgehen auf dessen Grundprinzipien gestattet. Sie sind auch für das Handelsrecht maßgebend, soweit nicht aus diesem ein anderes folgt.

Ein großer Streit erhebt sich nun bei der Frage, wie es mit einer vorzeitigen Anwendbarkeit derjenigen Bestimmungen des B. G. B. (§§ 343, 842—846) steht, auf welche der bereits am 1. Januar 1898 in Kraft getretene 6. Abschnitt des I. Buches des H. G. B. verweist, mit anderen Worten: Sind diese benannten Vorschriften des B. G. B., die ja eigentlich erst am 1. Januar 1900 in Kraft treten, bereits auf vor diesem Zeitpunkt liegende Rechtsverhältnisse anwendbar?

Kahn[1]) und ebenso Düringer Hachenburg[2]), Gareis[3]), Nieduer[4]) vertreten die Ansicht, daß alle Vorschriften des B. G. B., nicht blos die im 6. Abschn. zitierten §§ 343, 842—846, nicht mit dem 1. Januar 1898 in Kraft getreten sind, sondern daß bis zum Inkrafttreten des B. G. B. überhaupt diesbezügliche Vorschriften des bis dahin geltenden Rechts maßgebend seien.

Demgegenüber will E. N. Wolff[5]) durch den Abs. 2 des Art. 1 E. G. zum H. G. B. mit dem 6. Abschn. des

[1]) in der D. J. Z. II. S. 400 ff.
[2]) Bd. I S. 33.
[3]) Anm. 4 zu § 62.
[4]) Bem. 2 b, α zu Art. 1 E. G. B. G. B.
[5]) in der Monatsschrift für Handelsrecht VI S. 234 ff, S. 355 ff.

I. Buches des H. G. B. zugleich für dessen Bereich das ganze B. G. B. in Kraft treten lassen.

Die meisten anderen Schriftsteller wollen nur diejenigen Vorschriften des B. G. B. vorzeitig zur Anwendung gelangen lassen, auf welche der 6. Abschn. des I. Buches des H. G. B. ausdrücklich verweist.

Aber auch hier wieder herrscht Streit, die einen, so Pappenheim[1]), Staub[2]) sprechen diese Eigenschaft nur den §§ 842—846 B. G. B. zu, die anderen, so v. Specht[3]), Horrwitz[4]) auch dem § 343 B. G. B.

Was den § 343 B. G. B. anbelangt, so werden auch wir ihm eine rückwirkende Kraft versagen müssen; einmal weil eine ausdrückliche Erklärung darüber nicht existiert und zum anderen, weil es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen ist, dem § 343 stillschweigend diese rückwirkende Kraft beizulegen. Wenn man auch berücksichtigt, daß diese erst von der II. Kommission aufgenommene Vorschrift des jetzigen § 343 B. G. B. der Überzeugung entsprungen ist, es bestehe ein Bedürfnis, den schweren Übertreibungen und Ausschreitungen, zu denen das Ausbedingen von Strafen erfahrungsgemäß in nicht seltenen Fällen mißbraucht worden sei ..... vorzubeugen (Mugdan: die gesamten Materialien zum B. G. B. Bd. II S. 720 ff, 722), so ermangelt es doch für die Annahme des Rückwirkungswillens schon deshalb der genügenden Begründung, weil die sachlich übereinstimmende Vorschrift des § 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 16./5. 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte, woran der § 343 Abs. 1 in bewußter Anlehnung angeschlossen worden ist (Mugdan Bd. II S. 725), nach § 9 dieses Gesetzes keine rückwirkende Kraft erhalten hat. Für die Abzahlungsgeschäfte wird man nicht zweifeln dürfen, daß das Bedürfnis

---

[1]) in d. Zeitschr. für d. gesamte Handelsrecht 46 S. 377 Anm. 3 und bei Gruchot 42 Jg. S. 309 ff.

[2]) in der D. J. Z. II. S. 333.

[3]) D. J. Z. II S. 261.

[4]) S. 4, sub. II, S. 81.

nach Abhilfe noch viel dringender war. Es erscheint ausgeschlossen, daß dem (ideell) gleichen Gesetzgeber der sittliche Zwang bei § 343 B. G. B. für durchgreifender gelten konnte.

Nach der ursprünglichen Intention sollte der § 75 H. G. B. mit dem ganzen H. G. B. vom 10./5. 1897 gleichzeitig mit dem B. G. B. am 1. Januar 1900 in Kraft treten. Wäre es dabei geblieben, so hätte die streitige Frage jetzt überhaupt nicht entstehen können. Aber auch nachdem in den letzten Stadien der Beratung des Gesetzes der Abs. II Art. 1 E. G. zum H. G. B. beschlossen, kann die Auslegung mit Rücksicht auf die Fassung des Satzes 2 Abs. 2 des § 75 zu keinem anderen als dem durch die Rechtslogik gebotenen Ergebnis führen, daß eine Vorschrift erst mit ihrem Inkrafttreten „unberührt" bleiben, der § 343 B. G. B. deshalb erst vom 1. Januar 1900 ab angewendet werden kann. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß man bei dem bereits am 1. Januar 1898 erfolgten Inkraftsetzen des 6. Abschn. I. Buches des H. G. B. von der Absicht geleitet wurde, den Handlungsgehilfen und -lehrlingen die Wohltaten des neuen Gesetzes möglichst bald zuteil werden zu lassen (Reichsgericht Urteil vom 8. Juli 1899). Den im § 62 H. G. B. zitierten §§ 842—846 B. G. B. dagegen ist eine rückwirkende Kraft zuzuschreiben, denn ohne ihre sofortige Anwendbarkeit hätte der Abs. 3 des § 62 H. G. B. keinen Inhalt. Dies läßt sich aber nicht von § 343 B. G. B. nach der Fassung des Satz 2 Abs. 2 § 75 H. G. B. sagen. Der § 75 behält seine wesentliche Bedeutung auch ohne gleichzeitige Anwendung des § 343 B. G. B. Der Satz 2 Abs. 2 des § 75 besagt nichts weiter, als was sich im Grunde genommen von selbst verstand, daß der § 343 neben dem § 75 zur Anwendung kommt, aber ebenso selbstverständlich erst mit dem Zeitpunkt, in welchem er Gesetzeskraft erlangt d. h. mit dem 1. Januar 1900.

Der § 343 B. G. B. ist außerdem keine zwingende Vorschrift („eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe

kann . . . . .“); einer solchen ist, wie oben gesagt, eine Rückwirkung grundsätzlich zu versagen. Für die Zeit vor dem 1. Januar 1900 bestimmt sich also das Ermäßigungsrecht des Richters nach Partikularrecht.

Das E. G. zum H. G. B. enthält keine dem Art. 171 E. G. zum B. G. B. entsprechende Bestimmung, wonach Dienstverhältnisse, die schon vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind, sich vom ersten Termin an, zu dem sie nach dem 1. Januar 1898 aufgelöst werden konnten, nach diesen neuen Vorschriften richten sollen. Eine analoge Anwendung des Art. 171 E. G. zum B. G. B. für die Frage nach dem Eingreifen des H. G. B. in bestehende Verhältnisse wäre zu verneinen. Erst mit dem 1. Januar 1900 finden die einschlägigen Bestimmungen des E. G. zum B. G. B. auf das Recht der Handlungsgehilfen und -lehrlinge Anwendung (ebenso Pappenheim bei Gruchot, ferner Habicht[1]). Die vor 1898 abgeschlossenen Dienstverträge werden also nach dem 1. Januar 1900 bis zu dem ersten Termin, zu dem eine Kündigung nach dem vor 1900 geltenden Recht zulässig ist, nach altem Recht beurteilt.

b) H. G. B. § 74.

1. Begriff, Wesen, Zweck und Form der Konkurrenzklausel.

Konkurrenzklauseln sind zwischen bestimmten Personen getroffene vertragliche Abmachungen, welche für die Zeit nach der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses einer etwaigen Konkurrenztätigkeit des früheren Angestellten eine bestimmte Richtung und Grenze geben dergestalt, daß sie dessen Handels- oder Gewerbefreiheit teils beschränken, teils aufheben. Sie kommen in zwei Gruppen vor, und zwar entweder als selbständige Verträge oder auch sie werden in Beziehung auf solche selbständigen Verträge abgeschlossen. Als selbständige Verträge treten sie meist bei der Über-

[1]) S. 231.

tragung von Geschäften auf, wo also zwischen Käufer und Verkäufer kein Untergebenenverhältnis, wie Dienstvertrag, besteht. Sie sind ferner zu finden in den Fällen, wo nach Beendigung des Dienstverhältnisses zwischen Prinzipal und früheren Untergebenen der Konkurrenzenthaltungsvertrag abgeschlossen wird, wo also ein Dienstverhältnis zwischen den beiden in Frage kommenden Personen nicht mehr besteht.

Die zweite Gruppe ist die vorherrschende, und die vom Gesetzgeber über die Konkurrenzklausel überhaupt getroffenen Bestimmungen der §§ 74/5 H. G. B. und § 133 f Gew.-O. sind auf diese Gruppe zugeschnitten. Die Konkurrenzklausel kann hier entweder sofort bei Abschluß des Dienstvertrages oder auch während der Dauer desselben abgeschlossen werden, aber nicht nach Beendigung des Dienstverhältnisses. Letzterenfalls würden an gesetzlichen Bestimmungen im wesentlichen die §§ 138, 226 [1]) B. G. B. Platz greifen.

In der Literatur sind, soweit ich übersehen kann, für die beiden Gruppen auch bestimmte Bezeichnungen aufgetaucht. Reinshagen [2]) hat für die erste Gruppe den Ausdruck „Konkurrenzverträge", für die zweite Gruppe den Ausdruck „Konkurrenzklauseln" geprägt. Ritter [3]) unterscheidet zwischen Konkurrenzhaupt- und Konkurrenznebenverträgen. Die Konkurrenzhauptverträge fallen unter die oben genannte erste Gruppe, Ritter bezeichnet sie als die

---

[1]) B. G. B. 138: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen.

B. G. B. 226: Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.

[2]) S. 3.

[3]) S. 349.

Verträge der Arbeitgeber untereinander und der Arbeitnehmer untereinander. Diese Erklärung der Konkurrenzhauptverträge mag auf den ersten Blick etwas sonderlich anmuten, hat aber ihre Berechtigung, wenn man bedenkt, daß bei der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel nach der Beendigung des Dienstverhältnisses der frühere Arbeitnehmer (der Gehilfe) im Verhältnis zu seinem früheren Arbeitgeber (Chef) nicht mehr Arbeitnehmer ist, sondern selbst Arbeitgeber sein kann. Er kann auch wieder Arbeitnehmer sein, aber dann ist er dies nicht mehr im Verhältnis zu seinem früheren Chef. Die Konkurrenznebenverträge dagegen fallen unter die oben genannte zweite Gruppe, sie stellen sich dar als zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geschlossene Verträge.

Lotmar[1]) leitet den Namen „Konkurrenzklauseln" aus dem Umstande her, daß die Klauseln meist nicht als Verträge für sich, sondern als Bestandteile von Arbeits- bezw. Dienstverträgen auftreten.

Man mag sich zu den von Ritter und Reinshagen vorgeschlagenen Ausdrücken stellen wie man will, die Frage jedoch, ob diese Bezeichnungen in Theorie und Praxis geläufig geworden sind, glaube ich wenigstens bei Ritter mit einem Nein beantworten zu können.

Was die Form für den Abschluß einer Konkurrenzklausel angeht, so ist eine bestimmte Vorschrift darüber nicht erlassen; es liegt also im Belieben der Parteien, ob sie formell oder formlos ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten festlegen wollen.

Der Umfang des Konkurrenzverbots bestimmt sich nach dem Vertragswillen der Parteien. Es ist also der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Wortes zu haften. Nach dem Wortlaut des Gesetzes (H. G. B. 74 Gew.-O; 133 f) ist die Konkurrenzklausel eine Vereinbarung, durch welche für die Zeit nach der Beendi-

---

[1]) Band I, S. 264.

gung des Dienstverhältnisses eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Arbeitnehmers herbeigeführt wird.

Zu welchem Zweck erfolgt nun von Seiten des Prinzipals eine solche wirtschaftliche Bindung des Angestellten? Die Antwort darauf ist: Um Benachteiligungen, ja oft auch um dem Ruin vorzubeugen. Der Angestellte tritt zu seinem Arbeitgeber in ein Dienstverhältnis; letzteres bringt es mit sich, daß er mit der Zeit in alles eingeweiht wird, was im Geschäft des Prinzipals drum und dran ist, ja oft sogar, daß er in einige spezielle Verhältnisse mehr Einblick gewinnt, als sein Prinzipal (man denke z. B. an große Kaufhäuser). Er lernt die Bezugsquellen, den Kundenkreis, die Absatzgebiete, Geschäftsgeheimnisse etc. kennen. Nimmt nun dieses Dienstverhältnis ein Ende, so ist es ganz natürlich, daß der Prinzipal zu Maßregeln greift, um zu verhindern, daß der Gehilfe durch die im Geschäfte erlangten Kenntnisse und Erfahrungen eine wirksame Waffe in die Hand bekommt, mittels welcher er seinem früheren Prinzipal beliebig Konkurrenz machen und dadurch dessen Geschäftsgang ganz oder teilweise lahm legen kann.

Wie der Staatssekretär Dr. Niederding bei der Beratung der §§ 74/5 im Plenum des Reichstags [1]) bemerkte, sollte durch die Konkurrenzklausel die wirtschaftliche Existenz besonders der kleineren Prinzipale geschützt werden. Das Interesse, das von Seiten der Prinzipale den Handlungsgehilfen gegenüber vertreten werde, beruhe einfach darin, daß sie diejenigen Erfahrungen und Kenntnisse, die sie im Laufe ihres geschäftlichen Lebens unter Aufwendung langer Arbeitszeit, langjährigen Fleißes und ihres kleinen vielfach schwer erworbenen Kapitals gesammelt hätten, einigermaßen doch für sich selbst bewahren, daß diese geschäftlichen Werte nicht der Raub eines jeden in das Geschäft gekommenen Gehilfen würden, der vielleicht nur kurze Zeit im Geschäft bliebe, um es dann wieder zu verlassen und

[1]) Hahn Mugdan S. 690.

die fremden Erfahrungen für sich auszunutzen, ohne Mühe und Kosten, während der Prinzipal mit Mühe, Kosten- und Zeitaufwand sie im Laufe der Jahre errungen hätte.

In welcher Weise kann die Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Angestellten erfolgen, oder, besser gesagt, was kann dem Angestellten durch die Konkurrenzklausel in der Regel verboten werden?

1. Die Klausel legt ihm die Verpflichtung auf, in kein fremdes Geschäft, das als Konkurrenzgeschäft seines früheren Prinzipals gilt, einzutreten, und zwar in der Eigenschaft als Angestellter. Die Identität des Handelszweiges muß nach Staub[1]) vorliegen, wenn das Konkurrenzverbot verletzt sein soll. Es ist nicht notwendig, daß das Konkurrenzgeschäft überall dieselben Artikel führt, es muß aber eine irgendwie erhebliche Beeinträchtigung des geschäftlichen Betriebes des Prinzipals die mögliche Folge, nicht gerade die wirklich eingetretene Folge, sein. Andererseits liegt trotz Identität der Artikel möglicherweise doch kein Konkurrenzgeschäft vor, wenn der Charakter des Geschäftsbetriebes ein derart verschiedener ist, daß jene erhebliche Beeinträchtigung nicht zu fürchten ist. Hatte das Geschäft ursprünglich eine Branche anderer Art und wurde erst nach dem Eintritt des Handlungsgehilfen in das Geschäft ein Konkurrenzgeschäft, so greift das Konkurrenzverbot nicht Platz[2]), falls nicht etwa ein dolus vorliegt, so z. B. wenn der Gehilfe von dem neuen Prinzipal gerade zu dem Zwecke engagiert wurde, um den Konkurrenzartikel bei ihm einzuführen, oder auch nur von dem Plane, den Artikel später einzuführen, wußte.

Ferner wird eine Verpflichtung, sich nicht an einem Konkurrenzunternehmen zu „betätigen", nicht dadurch verletzt, daß der Verpflichtete bei der Gründung eines solchen mitwirkt und dabei Vorsorge trifft, daß er sich nach Ablauf der für die Konkurrenzklausel bestimmten Zeit an dem Kon-

---

[1]) Anm. 11 zu § 74.
[2]) Bolze Band 9 Nr. 361.

kurrenzunternehmen beteiligen darf. Durch eine solche Vorsorge für spätere Zeiten verstößt der Verpflichtete weder gegen den Vertrag noch gegen die guten Sitten[1]).

Verbietet die Konkurrenzklausel dem Handlungsgehilfen die Annahme einer Stellung in einem Konkurrenzgeschäft, so fällt unter dieses Verbot nicht nur die Tätigkeit als Handlungsgehilfe, sondern auch die Übernahme einer Agentur für ein Konkurrenzgeschäft.

Das Kaufmannsgericht Braunschweig[2]) hat folgende Sätze aufgestellt: „Man müsse, um sich die Tragweite der Worte, „sich an einem Konkurrenzgeschäft beteiligen", zu begreifen, sich die Verhältnisse bei der Auseinandersetzung vergegenwärtigen. Die Konkurrenz durch Beteiligung an einem anderen Geschäft sei nicht nur gegeben, wenn sie in einer fortgesetzten wesentlichen Mitwirkung am Geschäft eines Dritten (z. B. als Angestellter) bestehe, sondern auch dann, wenn sie in einer gesellschaftlichen Form auftrete."

2. Der zweite Fall einer Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit ist der, daß der Prinzipal dem Angestellten durch die Konkurrenzklausel die Zusage abnötigt, nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein eigenes Geschäft nicht errichten zu wollen. Die Verletzung einer solchen Klausel kann auch dadurch geschehen, daß der zu ihrer Beachtung Verpflichtete die verbotene Tätigkeit durch Dritte von ihm dazu veranlaßte und unterstützte Personen betätigt. So hat das Reichsgericht[3]) entschieden, daß ein Vater, welcher das Verbot der Errichtung einer Konkurrenzfabrik dadurch zu umgehen suchte, daß er seinen Söhnen die Mittel zur Errichtung einer solchen Fabrik gab, gegen den Vertrag handele, wenn er seine Stellung als Vater und die Möglichkeit, seine Söhne mit Kapital auszurüsten, dazu gebraucht, um auf diesem Umwege das zu erreichen, was ihm verboten war.

---

[1]) Kfm. Ger. Hamburg Urteil vom 21./1. 09.
[2]) Urteil vom 9./2. 06.
[3]) Urteil vom 13./11. 97.

3. Der dritte, vielleicht mit am häufigsten vorkommende Fall einer Einschränkung der Gewerbefreiheit ist das Verbot, Geschäfts-, Betriebs- oder Fabrikgeheimnisse, die dem Angestellten während seiner Dienstzeit anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, an andere mitzuteilen oder sonst zu Zwecken des Wettbewerbs zu verwerten. Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind nach Finger (S. 337) alle Eigentümlichkeiten eines industriellen oder kaufmännischen Unternehmens, an deren Geheimhaltung ein begründetes geschäftliches Interesse besteht, und welche deshalb nach dem Willen des Unternehmers bzw. Kaufmannes geheim gehalten werden sollen und geheim gehalten werden. Sehen wir von der vertragsmäßigen Regelung dieses Verbots in der Gestalt einer Konkurrenzklausel ab, so bietet der § 17 des Unlauteren Wettbewerbsgesetzes vom 7. Juni 1909 eine Handhabe, um derartigen Verletzungen entgegen zu treten. Aber der durch diesen § 17 gewährte Schutz ist kein ausreichender. Strafe und Schadenersatz [1]) können nur für den Fall verlangt werden, daß der Angestellte während der Dauer des Dienstverhältnisses Geschäftsgeheimnisse unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, seinem Prinzipal Schaden zuzufügen, mitteilt. Was dagegen die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses angeht, so besteht für den Angestellten durchaus keine Rechtspflicht, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auch nach Ablauf der Dienstzeit geheim zu halten oder insbesondere auch solche nicht in eigenem Nutzen zu verwerten. Die Verwertung von Geschäftsgeheimnissen nach Beendigung des Dienstverhältnisses enthält auch nach allgemeiner Anschauung kein unanständiges Verhalten. Dem Interesse

[1]) siehe auch § 18 des Gesetzes: Mit Gefängnis bis zu 1 Jahre und mit Geldstrafe bis zu 5 000 Mk. oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt verwertet oder an andere mitteilt.

des Geschäftsinhabers an der Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse steht das nicht minder berechtigte Interesse des Angestellten gegenüber, die in seiner Tätigkeit erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten zu seinem Fortkommen auszunützen. Nur unter ganz besonderen Umständen macht sich der Angestellte nach dem Ende der Dienstzeit strafbar und schadensersatzpflichtig, dann nämlich, wenn er die betreffende Kenntnis durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende Handlung erlangt hat und die so erfahrenen Geschäftsgeheimnisse dann verwertet. (§ 17 Abs. II des Gesetzes.)

Die Bestimmungen des § 17 Abs. II sind zwar wesentlich gegen dritte Personen gerichtet, ihre Voraussetzungen können aber sehr wohl auch bei dem Angestellten vorliegen.

So bleibt als einziges Schutzmittel eine vertragliche Sicherung übrig, von der auch in der Gestalt der Konkurrenzklausel in weitgehendem Maße Gebrauch gemacht wird.

Auf eine ausführliche Erörterung des § 17 des Unl. Wettbewerb.-Ges. weiter einzugehen ist im Rahmen dieser Ausführung nicht möglich. Erwähnt sei nur noch, daß unter „Geschäftsgeheimnisse" nicht nur Patente oder Fabrikationsgeheimnisse, sondern auch Kundenkreis, Bezugs-, Absatzquellen etc. zu verstehen ist. Im übrigen sei auf die Lehrbücher, Kommentare und die Rechtssprechung über diesen Punkt verwiesen.

Eine im Entwurf zum Unlauteren Wettbewerbsgesetze (in der Fassung vom 27. Mai 1896) geplante Ausdehnung des § 9 auch auf die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses ist, abgesehen von dem Falle, daß die Kenntnis der Geschäftsgeheimnisse durch eine gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßende Handlung erlangt ist, nicht Gesetz geworden. Die Annahme, daß eine Konkurrenzklausel auch dann vorliege, wenn dem Gehilfen die Verpflichtung auferlegt wird, die ihm bekannt gewordenen Geschäftsgeheimnisse nicht zum Nachteil seines früheren Prinzipals auszu-

nutzen, ist nicht unangefochten geblieben. Düringer Hachenburg [1]), welche an obiger Ansicht Anstoß genommen haben, führen aus, daß dem Gehilfen nach seinem Austritte an und für sich die Verwendung der bei dem Prinzipal erfahrenen Geschäftsgeheimnisse freistehe, und daß im Fall einer vertragsmäßigen Vereinbarung der Gehilfe bei deren Verletzung sich schadenersatzpflichtig mache, aber Verträge dieser Art seien an keine Grenze gebunden, es bestehe für sie kein richterliches Ermäßigungsrecht, keine zeitliche Beschränkung von 3 Jahren, mit einem Wort, derartige Verträge fielen nicht unter H. G. B. 74/5 bezw. Gew.-O. 133 f.

Ebenso verneint Makower [2]) die Anwendbarkeit der §§ 74 5, weil der Handlungsgehilfe bei späterer Benutzung der Geschäftsgeheimnisse seinem Herrn einen Teil von dessen Kapital entwendete und deshalb lediglich nach Maßgabe des Gesetzes wider den unlauteren Wettbewerb zur Verantwortung gezogen werden könne.

Beider Ansicht ist m. E. nicht zuzustimmen. Bei der Vielseitigkeit der Formen, in denen sich das handelsgeschäftliche und -gewerbliche Leben abspielt, sind Beschränkungen, die geeignet sind, das Fortkommen des Handlungsgehilfen unbillig zu erschweren, in der verschiedensten Art und Weise denkbar. Durch die Übernahme einer Schweigepflicht kann der Angestellte in seinem Fortkommen gehemmt werden, durch derartige Verpflichtungen kann ihm die Erlangung einer neuen Stelle oder, was in diesem Falle besonders ins Gewicht fällt, die Gründung einer selbständigen Existenz sehr erschwert werden. Alsdann liegt darin eine Beschränkung des Handlungsgehilfen in seiner gewerblichen Tätigkeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses, d. h., nach der Legaldefinition im § 74 liegt eine Konkurrenzklausel vor, die der Regelung durch die §§ 74/5 unterstellt ist. Auch der Entstehungsgang der §§ 74/5 spricht für unsere Auffassung.

[1]) Zu § 74 XI. 3.
[2]) Anm. 1 d zu § 74.

Bei der zweiten Beratung [1]) der §§ 74/5 H. G. B. im Plenum des Reichstags ward unumwunden erklärt, daß Vereinbarungen über Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen den §§ 74/5 unterständen. Auch das Reichsgericht steht auf demselben Standpunkt. Im Urteil vom 24./2. 03 [2]) führt es aus, daß eine den Handlungsgehilfen für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit unzulässig beschränkende Vereinbarung auch dann unter H. G. B. § 74 falle, wenn dem Handlungsgehilfen durch die ihm auferlegte Verpflichtung zur Geheimhaltung der Fabrikationsgeheimnisse des bisherigen Prinzipals die Erlangung einer anderen Stellung oder die Gründung einer selbständigen Existenz wesentlich erschwert würde.

Zum Schluß des Abschnittes sei noch auf den Fall näher eingegangen, daß ein Geschäft veräußert wird. Im Gegensatze zu den Konkurrenzklauseln, die im Anschluß an einen Dienstvertrag vereinbart werden, stehen sich hier wirtschaftlich gleich starke Parteien gegenüber, deren freier Vertragswille durch den Zwang, solche Verträge abschließen zu müssen, nicht eingeengt wird. Ein Angestellter muß notwendigerweise einen Dienstvertrag abschließen, um sich sein tägliches Brod zu verdienen, er könnte im Fall einer Weigerung, sich der Konkurenzklausel zu unterwerfen, oft nur schwer Anstellung finden, während im allgemeinen niemand gehalten ist, zu verkaufen.

Beim Verkauf eines Handelsgeschäfts gehen in der Regel nicht nur die einzelnen Warenbestände, das Inventar etc. auf den Erwerber über, sondern auch die Kundschaft, die Geschäftsgeheimnisse, die Bezugsquellen etc. Der Käufer hat ein wesentliches Interesse daran, daß letztere dem bisherigen Geschäft erhalten bleiben. Um nun zu verhüten, daß der Verkäufer im Falle einer Neuetablierung die Kund-

---

[1]) Hahn Mugdan S. 693.
[2]) Recht, Jg. 1903, S. 218.

schaft, z. B. von dem nunmehrigen Geschäft des Käufers hinweg auf das neue von ihm eröffnete ablenkt, kann der Käufer mit dem Verkäufer ein Konkurrenzverbot abschließen dahingehend, ihn in der Ausnützung all der Beziehungen, die die Weiterführung des Handelsgeschäfts in seinem bestimmten Charakter ermöglichen, nicht zu stören. Diese Möglichkeit des Weiterbetriebes zu erreichen, ist der eigentliche Zweck, den der Erwerber mit dem Erwerb des Handelsgeschäfts verfolgt und um dessentwillen er den Kaufpreis bezahlt. An und für sich liegt bei einer Geschäftsübertragung dem Verkäufer eine Verpflichtung, dem Käufer keine Konkurrenz zu machen, nicht ob; sie kann als eine Nebenverpflichtung mit dem Kaufvertrage nur dann verbunden werden, wenn sie ausdrücklich vereinbart worden ist. Aber selbst wenn eine solche ausdrückliche Vereinbarung nicht vorliegt, so verpflichten den Käufer doch Treu und Glauben, jeden Geschäftsbetrieb zu unterlassen, der dem Erwerber sein wirtschaftliches Fortkommen erschweren könnte; bei der Auslegung des Vertragswillens ist keineswegs von einer Vermutung zugunsten der gewerblichen Freiheit auszugehen, es sind die allgemeinen Grundsätze anzuwenden. Mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung kann, wie das Reichsgericht (Bd. 37 Nr. 46) ausführt, aus dem Verhältnis zwischen Kaufgegenstand und Kaufpreis auf eine Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer keine Konkurrenz zu machen, geschlossen werden. Ergibt sich aus diesem Verhältnis, daß für die Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung der Kaufpreis entsprechend erhöht ist, so muß sich der Verkäufer dieser Pflicht unterwerfen, ohne daß sie im Vertrage auch nur mit einem Worte erwähnt wäre. Aber auch wenn aus der Höhe des Kaufpreises nicht auf eine Konkurrenzenthaltungspflicht des Verkäufers geschlossen werden kann, so verpflichten ihn doch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (B. G. B. §§ 157, 242), alles zu unterlassen, was den Käufer in seinem wirtschaftlichen Weiterkommen schädigen könnte. Insofern ist zu

unterstellen, daß stillschweigend eine derartige Verpflichtung des Verkäufers besteht. Das O. L. G. Colmar[1]) hält es für bedeutungslos, ob der Käufer dafür einen besonderen Preis gezahlt hat oder nicht. Ebenso bedarf es nach Finger (S. 353) keines ausdrücklichen Konkurrenzverbots gegenüber dem Verkäufer bei Verkauf eines Geschäfts mit Firma und Kundschaft; es besteht ein stillschweigendes Konkurrenzverbot.

Zugunsten des Verkäufers ist aber zu berücksichtigen, daß er eine Verpflichtung, für alle Zeiten sich jeder Konkurrenztätigkeit in der vertrauten Geschäftsbranche zu enthalten, in der Regel nicht übernimmt. Das Konkurrenzverbot ist nur statthaft, wenn es einem berechtigten Interesse dient und derartig begrenzt ist, daß es nicht zu einer unangenehmen Beschränkung der Bewegungsfreiheit, zur wirtschaftlichen Vernichtung des Verpflichteten führt. Soweit aber im Einzelfalle ein Konkurrenzverbot diesen Erfordernissen zuwiderläuft, ist es als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig. Unter guten Sitten versteht man die im Leben anerkannte tatsächlich geübte Ethik, die herrschenden sittlichen Anschauungen und Anforderungen.[2])

Für die Frage nun, ob ein derartiger Vertrag wegen übermäßiger Beschränkung der Erwerbstätigkeit des einen Vertragschließenden gegen die guten Sitten verstößt und daher nach B. G. B. § 138 nichtig ist, kommt es grundsätzlich auf die Lage der Verhältnisse z. Z. des Abschlusses des Vertrages an. Später eintretende Verhältnisse dürfen in dieser Beziehung nur insoweit in Betracht gezogen werden, als sie zu jener Zeit voraussehbar waren und der Vertragswille sie umfaßte. Ferner kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob ein Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten verstößt, nicht darauf an, ob der sich dem Konkurrenzverbot Unterwerfende bei Eingehung der Verpflichtung die Auffassung gehabt hat, daß es sich nicht um eine gegen die

[1]) bei Mugdan u. Falkmann 12, S. 51.

[2]) Oertmann Komm. zum B. G. B. Bd. I S. 424.

guten Sitten verstoßende Abmachung handelt. Entscheidend ist vielmehr, ob die Sachlage so, wie sie beim Vertragsschlusse war, oder nach einer für die Zukunft in Rechnung zu nehmenden Gestaltung werden konnte, zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Verpflichteten zu führen geeignet war.

Aus der Gesamtbetrachtung des örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfanges des Verbots ist die Entscheidung zu gewinnen, ob es mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit und mit den guten Sitten vereinbar ist oder nicht. Verstößt das beim Verkauf eines Geschäfts bedungene Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten, so ist es seinem ganzen Inhalte nach unwirksam und eine an die Verletzung desselben geknüpfte Vertragsstrafe kann nicht mit der Begründung aufrecht erhalten werden, daß, soweit das Gesetz verletzt ist, eine unzulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit, also auch ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht anzunehmen sein würde. [1])

Gibt der Erwerber sein Geschäft auf, oder steht fest, daß eine Konkurrenztätigkeit des Verkäufers dem Geschäfte des Käufers keinen Nachteil mehr bringt, oder hat der Erwerber kein Interesse mehr an dem Konkurrenzverbot, so kann der Veräußerer, wenn er das beim Verkauf des Geschäfts ausdrücklich vereinbarte oder stillschweigend unterstellte Konkurrenzverbot übertritt, und der Erwerber dieserhalb gegen ihn vorgeht, sich auf den § 226 B. G. B. berufen, vorausgesetzt, daß die Absicht des Erwerbers nur darauf ausging, ihm Schaden zuzufügen. Eine solche schikanöse Rechtsausübung ist unzulässig, d. h. rechtswidrig; der Veräußerer braucht ihr also keine Folge mehr zu leisten, kann vielmehr dagegen Notwehr üben (B. G. B. § 227); der beim Kaufabschluß gewollte Schutz des Erwerbes hat seinen Zweck endgültig verloren [2]).

---

[1]) Soergel 1907 zu B. G. B. § 138.

[2]) Oertmann: Komm. z. B. G. B. Bd. I S. 655.

Im Falle einer Verletzung des beim Geschäftsverkauf ausdrücklich vereinbarten oder stillschweigend unterstellten Konkurrenzverbots liegt, wie das Reichsgericht (Urteil vom 6./4. 1909) erklärt, eine positive Vertragsverletzung vor, welche den Geschädigten, hier also den Erwerber, berechtigt, entweder auf Schadensersatz, der gewöhnlich durch eine Konventionalstrafe fixiert wird, zu klagen oder vom Vertrage zurückzutreten. Durch die Zuwiderhandlung gegen das Konkurrenzverbot wird die Erreichung des Vertragszwecks, nämlich die Möglichkeit des Weiterbetriebes des Geschäfts durch den Erwerber, in für ihn nutzbringender Weise, gefährdet. Unter Gefährdung des Vertragszwecks ist aber nach Soergel[1]) bei positiven Vertragsverletzungen nichts anderes als eine Vertragsverletzung zu verstehen, die sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und die besonderen Verhältnisse der Parteien als so wesentlich darstellen kann, daß dem vertragstreuen Teil die Fortsetzung des Vertrages bei billiger Beurteilung nicht zugemutet werden kann. (Ebenso definiert Staub[2].) An gesetzlichen Bestimmungen tritt dann B. G. B. § 325 in Wirksamkeit. Ist für den Fall einer Übertretung des Konkurrenzverbots eine Konventionalstrafe festgesetzt, so ist im Zweifel der Schuldner nicht berechtigt, sich durch Erlegung der Strafe von seiner Verpflichtung zu befreien. Der Vertragswille ist aber in erster Linie entscheidend und dieser wird entgegen der Regel von B. G. B. § 340 sehr oft im Sinne einer Wandelpön zu deuten sein (Reichsgericht Bd. 33 S. 141), wenn diese Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle Interresse an der Vertragserfüllung zu ersetzen.

Neben der Möglichkeit, aufgrund des Vertrages seine Ansprüche geltend zu machen, steht es dem Erwerber auch frei, unter Bezugnahme auf die Bestimmungen des B. G. B.

---

[1]) 1906 zu B. G. B. § 325.

[2]) Anm. 173 zum Exkurs zu § 374.

über die unerlaubten Handlungen (§ 823 ff) gegen den Veräußerer vorzugehen. Wenn in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich auf die Verhinderung der Ausbeutung eines gewerblichen Betriebes durch Abwendung der erlangten Kundschaft, Zerstörung von Bezugsquellen oder Vernichtung anderer geschäftlicher Beziehungen des Gewerbetreibenden hingewirkt wird, so kann in dem erzielten Erfolge eine Vermögensbeschädigung gesehen werden. Es greift B. G. B. § 826 Platz, weil es sich hier um eine Vermögensbeschädigung handelt, und nicht der § 823, welcher nur genau angegebene Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit) schützt. Fraglich könnte nur sein, ob der im § 823 festgelegte Ausdruck „ein sonstiges Recht" nicht eine Anwendung des § 823 zuließe. Dies ist jedoch zu verneinen. Das „sonstige Recht" bezieht sich nur auf das vorangegangene Wort „Eigentum", es umfaßt also dingliche Rechte. Ansprüche aus einer Konkurrenzklausel sind aber keine dinglichen Rechte. Der Abs. 2 des § 823 spricht von dem Verstoße gegen ein Schutzgesetz. Unter Schutzgesetz versteht man aber nicht, wie Cosack meint, nur die Gesetze des öffentlichen Rechts, die irgend eine Handlung unter Androhung einer Strafe oder eines polizeilichen Zwanges gebieten oder verbieten, also insbesondere die strafrechtlichen Normen, sondern auch privatrechtliche Gesetze, und zwar besonders auch das B. G. B. selbst. Ob für die Ansprüche aus einer Konkurrenzklausel besondere Schutzgesetze vorhanden sind, glaube ich verneinen zu können.

War eben dargestellt, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der Erwerber den Kaufpreis voll bezahlt hat und der Verkäufer die Konkurrenzklausel übertritt, so erhebt sich jetzt die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Käufer noch gar nicht oder teilweise gezahlt hat und der Veräußerer seine Pflicht auf Enthaltung einer Konkurrenztätigkeit verletzt. Durch den Kaufvertrag hat sich der Verkäufer zur Übertragung des Geschäfts und zur Enthaltung jeglicher dem Käufer schädlichen Wettbewerbstätigkeit verpflichtet. Erfüllt

er letztere nicht, so hat er zwar erfüllt, aber nur teilweise und unvollständig. Der Käufer ist berechtigt, seine ganz oder teilweise noch ausstehende Leistung, nämlich die Zahlung des Kaufpreises, zu verweigern. Dieses Verweigerungsrecht macht er im Wege der Einrede, der exceptio non adimpleti contractus, geltend. Fraglich ist nur, ob B. G. B. § 273 oder § 320 Platz greift[1]), mit anderen Worten, ob die auf Unterlassung der Konkurrenztätigkeit gerichtete Verpflichtung als eine Gegenleistung i. S. von § 320 oder als eine einseitige Nebenverpflichtung anzusehen ist. Letzterenfalls würde § 273 zur Anwendung gelangen. Der § 273 verlangt nicht, daß die beiderseitigen Ansprüche aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft entspringen. Es genügt, daß sie aus Rechtsgeschäften hervorgegangen sind, die in einem natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, der es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht wird. Das Reichsgericht (Urteil vom 23./10. 1909) hält diese Pflicht des Verkäufers als eine Gegenleistung i. S. von § 320, erklärt es aber für die Entscheidung selbst für bedeutungslos, wenn man auch die Anwendung des § 273 bejahen würde, denn § 273 würde zu demselben Ergebnis führen, wie die Berücksichtigung von § 320. Der auf eine Rate des Kaufpreises eines Geschäfts verklagte Käufer darf diese nur wegen der ihm durch die Eröffnung des Konkurrenzgeschäfts bis dahin erwachsenen Schadens, nicht auch wegen allen künftigen Schadens, zurückbehalten.

---

[1]) **B. G. B. § 273:** Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist etc.

B. G. B. § 320: Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist etc.

2. Die der Konkurrenzklausel unterworfenen Personen.

Hierbei ist zunächst H. G. B. § 74 ins Auge zu fassen. Nach diesem ist die Konkurrenzklausel eine Vereinbarung zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen. Erforderlich zum Wirksamwerden des § 74 ist, wie schon oben gesagt, eine Vereinbarung bei Abschluß oder während der Dauer des Dienstverhältnisses. Beide Personen müssen also durch einen Dienstvertrag mit einander in Verbindung stehen, nicht etwa ganz allgemein als Prinzipal und Handlungsgehilfe auftreten. Eine bestimmte Definition gibt das Handelsgesetzbuch nicht, jedoch läßt sich aus seinen Vorschriften ableiten, daß es unter Prinzipal den Inhaber eines Geschäfts, einen Kaufmann versteht. Kaufmann ist, wer die in §§ 1, 2 und 3 Abs. II H. G. B. gestellten Bedingungen erfüllt. Bemerkt sei, daß eine Konkurrenzklausel, die ein Gewerbeunternehmer, bei welchem die Erfordernisse der §§ 2, 3 H. G. B. vorliegen, abschließt, bevor er die in den §§ 2, 3 H. G. B. gestellten Bedingungen erfüllt hat, nicht unter H. G. B. § 74 fällt; er wird erst mit der Eintragung seiner Firma ins Handelsregister Kaufmann.

Wer ist bei einer offenen Handelsgesellschaft der Prinzipal? Jedes einzelne Mitglied, da es vertretungsberechtigt ist, es sei denn, daß nur einzelnen Personen durch Generalversammlungsbeschluß die alleinige Vertretungsbefugnis zugesprochen ist.

Bei einer juristischen Person, z. B. einer Aktiengesellschaft, haben die einzelnen Aktionäre, ebensowenig wie der Vorstand und Aufsichtsrat, die Prinzipalseigenschaft. Prinzipal ist allein die juristische Person als solche, die durch ihre Organe, nämlich Vorstand und Aufsichtsrat, nach außen hin handelnd auftritt.

Abgeschlossen wird natürlich die Konkurrenzklausel mit dem Vorstand, der die juristische Person nach außen hin vertritt. Insofern hat der Vorstand eine prinzipalsähnliche Stellung, er ist aber nicht Prinzipal, der juristischen Person als solcher kommt diese Eigenschaft zu.

Bei einer Kommanditgesellschaft sind Prinzipale nach den bereits früher gepflogenen Ausführungen die Komplementäre sowohl wie die Kommanditisten. Der Abschluß der Konkurrenzklausel wird natürlich regelmäßig mit den Komplementären vorgenommen werden müssen, da diesen die Geschäftsführung zusteht, sie Dritten gegenüber die Gesellschaft vertreten.

In Ansehung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt dasselbe wie bezüglich einer Aktiengesellschaft. Wie diese, ist auch sie eine juristische Person, welcher als einer solchen die Prinzipalseigenschaft zukommt. Nur ist bei der G. m. b. H. der Unterschied, daß an Stelle eines Vorstandes ein oder mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, die, wenn sie in der Mehrzahl handeln, kollektivvertretungsberechtigt sind (§ 35 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. vom 20./4. 1892, wenig abgeändert durch Art. 11 E. G. zum H. G. B). Ein Aufsichtsrat ist bei der G. m. b. H. nicht obligatorisch. Wird er bestellt, so hat er dieselbe Stellung, wie bei der Aktiengesellschaft (§ 52 des Ges.).

Ähnlich der Aktiengesellschaft organisiert ist ferner noch die eingetragene Genossenschaft. Sie ist eine juristische Person, Prinzipale sind nicht die einzelnen Genossen, da diese in ihrer Eigenschaft als Genossen der Kaufmannseigenschaft entbehren, sondern die juristische Person als solche.

Wir kommen jetzt zur Erörterung des Begriffs „Handlungsgehilfe“. Handlungsgehilfe ist nach H. G. B. § 59, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist, gleichgültig, ob männlichen oder weiblichen Geschlechts. In einem Handelsgewerbe muß die Anstellung erfolgt sein, da es sich ja um den Gehilfen eines Kaufmannes handelt. Der Begriff des Handelsgewerbes ergibt sich aus H. G. B. § 1 Abs. II §§ 2, 3 Abs. II. Da nach H. G. B. § 1 Abs. I derjenige, welcher ein Handelsgewerbe betreibt, Kaufmann ist, so muß er sich nach H. G. B. § 5 gefallen lassen, als Kaufmann zu gelten, wenn er, obwohl

sein Handelsgewerbe kein solches im Sinne des Gesetzes ist, ein Gewerbe betreibt, welches eingetragen ist.

Die Voraussetzungen des § 5 H. G. B. sind Eintragung und Gewerbebetrieb. Es handelt sich also um solche eingetragene Personen, die entweder überhaupt kein Handelsgewerbe betreiben, oder nur ein Minderhandelsgewerbe, die aber jedenfalls ein Gewerbe betreiben. Der von Staub[1]) vertretenen Ansicht, daß derjenige, welcher im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, sich als Kaufmann geriert (Scheinkaufmann), auch in dieser Hinsicht gegen sich gelten lassen müsse, als Kaufmann angesehen zu werden, kann nicht beigetreten werden. Wenn Staub diesen Satz auf B. G. B. §§ 157, 242 stützt, so können diese Paragraphen nur dazu führen, zugunsten der Gegenkontrahenten anzunehmen, daß aus der Kaufmannsqualität entspringende günstigere Wirkungen eines Vertragsverhältnisses, z. B. hinsichtlich der Haftung, als von dem Auftretenden gewollt anzunehmen sind. Umgekehrt dürfen aber nicht ohne weiteres die aus der Kaufmannsqualität entspringenden Wirkungen zu ungunsten des Gegenkontrahenten oder gar Dritter verwertet werden[2]).

Von den Beispielen, welche Düringer Hachenburg[3]) angeben, seien nur folgende wiedergegeben:

Aus dem Kreise der Handlungsgehilfen scheiden aus die Angestellten der in H. G. B. § 2 genannten gewerblichen Unternehmen, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, solange die Eintragung der Firma im Handelsregister noch nicht erfolgt ist. Denn erst mit diesem Zeitpunkt werden dieselben zu Handelsgewerben. Ebenso steht es mit den im H. G. B. § 3 Abs. II genannten Betrieben, nur mit dem Unterschied, daß es lediglich freier Wille des Unternehmers des

[1]) Exkurs zu § 5.

[2]) Düringer Hachenburg Anm. 9 zu § 1; Lehmann Ring Anm. 10 zu § 1.

[3]) zu § 59 II 1. S. 400.

land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes ist, ob er von dem Eintragungsrecht Gebrauch machen und damit die bei ihm zu kaufmännischen Diensten gegen Entgelt angestellten Personen nach Handelsrecht oder bürgerlichem Recht behandelt wissen will. Auch die Angestellten der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind keine Handlungsgehilfen, da diese Gesellschaften kein Handelsgewerbe betreiben, aber gemäß § 16 des Gesetzes vom 21./5. 1901 (R. G. Blatt 1901 S. 139) finden die Vorschriften des H. G. B. über Handlungsgehilfen und -lehrlinge auf die Angestellten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung.

Was die eingetragenen Genossenschaften anbelangt, so sind die Angestellten derselben als Handlungsgehilfen anzusehen. Wenn auch eingetragene Genossenschaften ein nichtkaufmännisches Gewerbe, also kein Handelsgewerbe betreiben, so gelten sie, ebenso wie die Aktiengesellschaft und die G. m. b. H., trotzdem als Vollkaufleute. Der kaufmännische Charakter dieser Gesellschaften ist eben von dem Gegenstande ihres Unternehmens überhaupt unabhängig. Vollkaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, und Handlungsgehilfe ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.

Der Handlungsgehilfe muß zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt sein. Nach der Denkschrift[1]) ist bei der Entscheidung der Frage, welche Dienste als kaufmännisch anzusehen sind, selbstverständlich auf die Verkehrsauffassung Rücksicht zu nehmen. Hat der Angestellte neben seinen kaufmännischen Dienstleistungen noch gewisse technische Arbeiten, z. B. behufs Erhaltung leicht verderblicher Waren, zu verrichten, so schließt dies den Begriff „Handlungsgehilfe“ nicht aus.

Der Handlungsgehilfe muß gegen Entgelt angestellt sein. Die Höhe des Entgelts richtet sich nach der Verein-

[1]) Hahn Mugdan S. 235.

barung evtl. nach Ortsgebrauch evtl. entscheidet auch die Angemessenheit. Gleichgültig ist der Gegenstand des Entgelts; es kann in Geld oder Ware oder auch in Unterhalt bestehen.

Sehr umstritten ist die Frage, wie es mit der Anwendung der §§ 74, 75 H. G. B. auf den Handelsvolontär steht. Bevor wir auf diese Streitfrage näher eingehen, seien einige allgemeine Erörterungen vorausgeschickt. Der Volontär ist weder Handlungsgehilfe noch -lehrling, sondern, wie Rustige[1]) bemerkt, ein Zwitter, eine Übergangsform zwischen Gehilfen und Lehrling, einmal mehr diesem, einmal mehr jenem ähnelnd. Wenn jemand als Volontär in ein Handelsgeschäft eintritt, so sind zwei Möglichkeiten seines Verhaltens vorhanden: Entweder beabsichtigt er, sich in den Rahmen des Betriebes einzufügen, mitzuarbeiten, etwa wie der Gehilfe und Lehrling, ohne vor diesen ein Vorrecht in der Behandlung haben zu wollen — alsdann übernimmt er und will er Pflichten übernehmen —, oder aber, er denkt garnicht daran, mitzuarbeiten, sondern er kommt nur, um zuzuschauen. Er will an keine Vorschrift, die für die anderen gilt, gebunden sein, er arbeitet nur gerade das, was ihn interessiert und ihm nicht unbequem ist. Er will also nur Rechte haben, nämlich das Recht, daß alles, was ihn interessiert, ihm gezeigt wird, daß, wenn er eine Arbeit zu machen Lust hat, ihm eine solche gegeben und erklärt wird. In der Praxis sind, wie Rustige bemerkt, Volontäre der letzteren Art selten, es überwiegen die der ersteren Art. Handelsvolontäre sind nach ihm (S. 17) Personen mit einer gewissen kaufmännischen oder wissenschaftlichen Vorbildung, welche in einem Handelsgewerbe ohne Entgelt zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt sind, um sich kaufmännische Kenntnisse anzueignen oder dieselben zu erweitern und zu befestigen. Während also die Dienstleistung durch den Handlungsgehilfen nur Selbstzweck ist, ist sie beim Volon-

[1]) S. 17.

tär in der Hauptsache nur Mittel zum Zweck, nämlich die Aneignung bzw. Erweiterung und Festigung kaufmännischer Kenntnisse. Kommt man nun zu dem Schluß, daß der Volontär, obgleich er eine Ausnahmeerscheinung ist, als Angestellter gelten muß, so ergeben sich für ihn hieraus auch die Rechte und Pflichten, die einem kaufmännischen Angestellten zustehen. Zweifelhaft wird nun, als welche Art von Vertrag sich das Volontärverhältnis charakterisiert. In Frage kommen können nur Dienstvertrag und Auftrag. Ich vertrete den Standpunkt, daß ein Auftragsverhältnis vorliegt. Der Dienstvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, eine Leistung ist von der anderen abhängig. Die Gegenleistung bildet immer den Zweck der Leistung und umgekehrt. Das liegt aber beim Volontärverhältnis nicht vor. Der Volontär verspricht eine Leistung, scheinbar im Interesse des Prinzipals, tatsächlich aber in seinem eigenen. Der Volontär erfüllt seine Dienste nicht, um den Prinzipal zu veranlassen, ihm Arbeit und Anleitung zu geben, nicht also, um durch seine Leistung irgend eine Gegenleistung zu erhalten, sondern er erfüllt sie, um daran zu lernen. Ebenso sichert der Prinzipal dem Volontär Arbeit zu, scheinbar nur in seinem eigenen Interesse, in Wirklichkeit aber nur in dem des Volontärs. Der Prinzipal kommt seinen Verpflichtungen nach, nicht deshalb, um die Dienste des Volontärs beanspruchen zu können, sondern um überhaupt dem Volontär die Arbeit zu ermöglichen.

Ebenso verneinen Düringer Hachenburg[1]) das Vorliegen eines Dienstvertrages mit der Begründung, daß die Gewährung der Möglichkeit durch den Prinzipal, sich in allen Zweigen des Geschäfts auszubilden, keine Vergütung der durch den Volontär geleisteten Dienste i. S. von B. G. B. § 611 und H. G. B. § 59 darstelle.

Der Auftrag ist als solcher ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag derart, daß nur die eine Leistung den Zweck

---

[1]) Vorbem. zum 6. Abschn. I Buches Anm. 6.

des Vertrages bildet. Der andere Teil ist zwar auch zu einer Leistung verpflichtet, aber diese ist nicht der Zweck der ersten, sie ist nicht Gegenleistung. Beim Volontärvertrag bildet die Hauptleistung das Versprechen des Volontärs, die ihm vom Prinzipal aufgetragenen kaufmännischen Dienste auszuführen; der Prinzipal ist zwar auch verpflichtet, dem Volontär in der vereinbarten Zeit solche im Geschäftsbetriebe vorkommenden Arbeiten zuzuteilen, die den Lernzwecken des Volontärs entsprechen, und die zur Ausführung derselben notwendige Anweisung zu geben, aber diese Leistung ist keine Gegenleistung, sie ist nicht der Zweck der ersteren. Der Volontär will und soll die Dienste nicht leisten wie der Handlungsgehilfe, nach Art einer Maschine, sondern er will und soll sie leisten, um durch deren Ausführung sich weiter auszubilden.

Der Auftrag bildet nach Hachenburg[1]) einzig durch seine Unentgeltlichkeit einen Gegensatz zum Dienst- und Werkvertrag. Alle diese drei Verträge stehen in einer so engen Verwandschaft zu einander, daß man nicht nur die Vorschriften des Auftrages auf die entgeltlichen Dienst- und Werkverträge, gleichgültig, ob sie eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben oder nicht, entsprechend anwenden könne, sondern auch umgekehrt, soweit nicht gerade das Entgelt in Frage käme. Von den Vorschriften des B. G. B. über den Auftrag sind aber, wie Rustige[2]) ausführt, für das Volontärverhältnis nur die §§ 662, 671—674 von praktischer Bedeutung, da das Auftragsverhältnis in den nicht zitierten Paragraphen (663—670, 675, 676) eine ziemlich selbständige Stellung des Beauftragten voraussetzt, der Volontär aber eine solche nicht hat. Die so entstandene Lücke wird ausgeglichen, wenn man die Ausführungen Hachenburgs heranzieht und alle Vorschriften aus dem Dienstvertrag und Auftrag, soweit sie nicht durch widersprechende

---

[1]) a. a. O.
[2]) S. 29.

Essentialien ausgeschlossen sind, auf das Volontärverhältnis in analoger Weise zur Anwendung bringt.

Wir kommen jetzt zur Erörterung der Frage, ob, trotzdem der Volontär weder Handlungsgehilfe noch -lehrling ist, der VI. Abschnitt des I. Buches H. G. B. und damit auch die §§ 74, 75 auf ihn Anwendung finden. Der Schlußparagraph des VI. Abschnitts, der § 83 spricht davon, daß auf Personen, die andere als kaufmännische Dienste leisten, der VI. Abschnitt keine Anwendung findet. Per argumentum e contrario ergibt sich dann, wie Rustige[1]) mit Recht bemerkt, daß andere Personen als Handlungsgehilfen und -lehrlinge, sofern sie kaufmännische Dienste leisten, diesem Abschnitt unterstehen. Und die Volontäre leisten kaufmännische Dienste, auf sie findet somit der VI. Abschnitt auch Anwendung. Schon die Stellung des § 83 am Schluß des VI. Abschnitts sowie der Umstand, daß, wenn § 83 nur auf Gehilfen und Lehrlinge hätte Anwendung finden sollen, der Gesetzgeber dies zum Ausdruck gebracht hätte, spricht für die Annahme, daß auch der Volontär den Bestimmungen des VI. Abschnitts und damit auch den §§ 74, 75 untersteht, soweit sie nicht auf der Entgeltlichkeit beruhen.

Zu berücksichtigen ist ferner, daß der Volontär Gelegenheit hat, das ganze Geschäft durch und durch kennen zu lernen, im Vergleich zum Handlungsgehilfen, der vielleicht nur in einer Branche oder Abteilung tätig ist, und daß für den Prinzipal die Gefahr einer schädigenden Konkurrenz durch den Volontär eine um so größere ist, als, wie Tiedemann[2]) sich ausdrückt, der Volontär infolge seiner dem Handlungsgehilfen gegenüber regelmäßig vorhandenen wirtschaftlichen Superiorität in der Lage sein wird, etwaige selbständige Handelsunternehmungen in größerem Maßstabe und mit größerer Wirksamkeit zu betreiben, als es dem Handlungsgehilfen möglich wäre.

---

[1]) S. 30.
[2]) S. 20.

Ob die beiden Vertragsparteien persönlich den Konkurrenzausschließungsvertrag abschließen, oder durch Bevollmächtigte, der Prinzipal etwa durch seinen Prokuristen, ist gleichgültig.

Durch H. G. B. § 76 Abs. I sind die Vorschriften der §§ 74/5 auch auf die Handlungslehrlinge ausgedehnt. Handlungslehrling ist, wer in das Geschäft aufgenommen ist, um Lehre zu empfangen und mittels dieses Erlernten seinem Prinzipal kaufmännische Dienste zu leisten. Ob eine Vergütung gezahlt wird und worin diese eventuell besteht, richtet sich nach Lage des einzelnen Falles.

Keine Anwendung finden die §§ 74/5 auf die Verträge zwischen selbständigen Kaufleuten, z. B. zwischen Geschäftsherrn und Agenten oder Handelsmäkler, ferner auf alle Verträge, welche ein Prinzipal mit Angestellten schließt, die keine Handlungsgehilfen i. S. des H. G. B. sind, so z. B. auf Anstellungsverträge der Direktoren einer Aktiengesellschaft. Die §§ 74/5 sind ferner nicht anwendbar auf die gewerblichen Arbeiter (H. G. B. 83) eines Kaufmannes. Diese Aufzählung mag genügen.

Wir haben ferner gesehen, daß die §§ 74/5 H. G. B. im § 133 f Gew.-O. eine Nachbildung erfahren haben. Der § 133 f Gew.-O. spricht von der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel zwischen dem Gewerbeunternehmer und den im § 133 a Gew.-O. bezeichneten Personen. Danach sind die gewerblichen Gesellen, Gehilfen und Lehrlinge leer ausgegangen. Soweit sie in Frage kommen, sind für sie die allgemeinen Bestimmungen des B. G. B. mit Rücksicht auf die vom Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht für das bisherige Recht angenommenen Grundsätze maßgebend. Die alleinige Schranke ist hier heute wie früher die, daß die Konkurrenzklausel nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten und die Gewerbefreiheit verstoßen darf.

Nach § 133 a Gew.-O. stehen auf der einen Seite die Gewerbeunternehmer. Letztere sind die Inhaber von Betrieben, die zum Geltungsbereiche der Gew.-O. gehören.

Die Personen auf der anderen Seite zerfallen in zwei Gruppen.

1. Die gegen feste Bezüge beschäftigten Personen, die nicht lediglich vorübergehend mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder einer Abteilung desselben beauftragt sind (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte).

2. Diejenigen, welche mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind (Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner und dergl.).

Das Gesetz gibt also keine bestimmte Definition der in Frage kommenden Kategorien, sondern zählt nur einzelne Beispiele auf. Eine Abstufung des Betriebspersonals von den gewöhnlichen Arbeitern bis zu den höheren technisch gebildeten Betriebsbeamten ist, wie Landmann[1]) bemerkt, äußerst schwierig, da in manchen Betrieben die Grenze zwischen den Berufsarten flüssig ist. Um nun diesen Schwierigkeiten in etwas abzuhelfen, sind vom Gesetz zwei selbstständige Merkmale nebeneinander aufgestellt, einmal eine Leitungs- und Beaufsichtigungstätigkeit, die sich entweder auf den ganzen Betrieb oder auf eine Abteilung desselben erstrecken muß — die Werkmeister und Betriebsbeamten —, zum andern eine Beschäftigung mit höheren technischen Dienstleistungen, ohne daß dieselbe mit einer leitenden oder beaufsichtigenden Tätigkeit verbunden zu sein braucht — die Techniker —. Ein drittes Merkmal ist, so führt Landmann aus, wegen der Unbestimmtheit der Bezeichnungen „Leitung, Beaufsichtigung, höhere technische Dienstleistungen“ in dem herrschenden Brauch gefunden, daß die Vergütung, die den fraglichen Personen für ihre Dienste zuteil wird, in „festen Bezügen“ im Gegensatz zu „schwankenden Bezügen“ besteht. Wenn ein Betriebsbeamter neben seinen festen Bezügen schwankende Beträge oder Tagegelder bezieht, so ändert das nichts an seiner Stellung unter § 133 a Gew.-O.

---

[1]) zu § 133 a.

„Feste Bezüge" bezieht nicht, wer durchweg oder ausschließlich auf Trinkgelder angewiesen ist.

Die Betriebsbeamten und Werkmeister sind eine Mittelstufe zwischen dem einfachen Arbeiter oder dem Vorarbeiter einerseits und dem Gewerbeunternehmer bzw. seinem Stellvertreter andrerseits.

Die Zurechnung zu den Technikern ist abhängig, einmal von der Art der Beschäftigung, zum anderen von der Anstellung mit einem festen Betrage. Gleichgültig ist, ob die technischen Kenntnisse auf Lehranstalten oder durch die Praxis erworben sind [1]).

3. Die für die Gültigkeit der Klausel zulässigen Grenzen.

Die oben gepflogenen Ausführungen über den Zweck der Konkurrenzklausel, nämlich den Prinzipal gegen eine spätere schädigende Konkurrenz seines Gehilfen zu schützen, könnten den Gedanken aufkommen lassen, daß es sich um eine einseitige Interessenvertretung des Prinzipals handele. Dem ist aber nicht so. Der Gehilfe soll durchaus nicht gehindert werden, die im Geschäfte erworbenen Kenntnisse etc. späterhin zu verwerten und damit in Wettbewerb mit seinem früheren Prinzipal zu treten, aber dieses Recht soll kein ungezügeltes und unbegrenztes sein. Das Gesetz selbst weist diesen Gedanken zurück, indem es die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel für den Handlungsgehilfen nur insoweit für verbindlich erklärt, als die Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen ausgeschlossen wird. Die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel ist also an und für sich gültig, sie muß sich aber in bestimmten und der Billigkeit entsprechenden Grenzen halten, andernfalls sie vom Richter auf das zulässige Maß herabgesetzt wird. Die

---

[1]) Zur weiteren Orientierung sei auf die von Potthoff in „Gesetz und Recht" 6. Heft 1907 S. 131 ff gemachten Ausführungen verwiesen.

Bestimmung des § 74 steht in direktem Gegensatz zur früheren Rechtsprechung. Damals ward die Konkurrenzklausel nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt und konnte ihrem ganzen Umfange nach für nichtig erklärt werden.

Das im § 74 statuierte Ermäßigungsrecht des Richters schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, daß je nach der Sachlage der Richter auch in der Lage sein kann, die ganze Konkurrenzklausel für ungültig, weil unbillig, zu erklären. (Staub[1]), Düringer Hachenburg[2].) Nimmt der Richter an, daß der Prinzipal in Ausbeutung des Leichtsinnes, der Notlage oder der Unerfahrenheit des Gehilfen, sich für seine Leistung in der Konkurrenzklausel einen Vermögensvorteil hat versprechen lassen, der den Wert der Leistung dergestalt übersteigt, daß den Umständen nach dieser Vorteil in auffälligem Mißverhältnis zu seiner Leistung steht, so wird er ebenfalls die ganze Klausel gemäß B. G. B. § 138 Abs. 2 für nichtig erklären können. Auch im Kommissionsberichte zum Entwurf eines H. G. B. (Hahn Mugdan S. 566) findet sich im Anschluß an einen Satz bezüglich des richterlichen Ermäßigungsrechts dasselbe ausgesprochen: „Als die einstimmige Ansicht der Kommission wurde im Laufe der Debatte festgestellt, daß selbstverständlich der Richter je nach der Sachlage auch in der Lage sein könne, die ganze Klausel für ungültig, weil unbillig, zu erklären." Der § 74 stellt sich nicht als eine lex specialis gegenüber dem § 138 B. G. B. dar, unsittliche Rechtsgeschäfte sind ein- für allemal nichtig, sie verdienen nicht, dadurch bei Bestand zu bleiben, daß sie in die Grenzen des Anstands und der Billigkeit zurückgewiesen werden. Abs. 2 § 138 B. G. B. spricht von wucherischen Geschäften, die an sich verwerflich sind und einen strafbaren Charakter haben. Solche Geschäfte nun in gewissem Umfange aufrecht erhalten zu wollen durch Zurückweisung in die Grenzen des Anstands und der Billigkeit,

---

[1]) Anm. 5 zu § 74.
[2]) Anm. 5 zu § 74.

hieße die verwerfliche Handlungsweise des Prinzipals mildern. Die vollständige Nichtigkeitserklärung solcher Geschäfte soll eben die Strafe für das Handeln des Prinzipals sein. Es wird daher beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 dem Gehilfen unbenommen sein, in erster Reihe die Nichtigkeit der ganzen Konkurrenzklausel zu behaupten und nur eventuell die Ermäßigung zu begehren.

Der Dienstvertrag dagegen, auf dessen Grundlage die Konkurrenzklausel vereinbart ist, bleibt, wenn die Klausel das zulässige Maß überschreitet, natürlich voll bestehen.

Die Frage, ob eine Konkurrenzklausel die zulässigen Grenzen der Billigkeit innehält, kann nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Sowohl die Verhältnisse des Prinzipals wie die des Handlungsgehilfen müssen berücksichtigt werden. Bei letzteren könnten in Betracht kommen sein Alter, seine Fähigkeiten, ganz besonders aber kann, wie die Denkschrift[1]) ausführt, die Höhe des vom Gehilfen während des Dienstverhältnisses bezogenen Gehalts oder der Betrag einer ihm für die Beschränkung seiner späteren gewerblichen Tätigkeit etwa gewährten besonderen Vergütung von Erheblichkeit sein, denn bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Umfang der vereinbarten Konkurrenzbeschränkung mit der Billigkeit verträgt, ist auch in Betracht zu ziehen, ob etwa die besonderen Vorteile, die der Gehilfe aus dem Dienstverhältnis gezogen hat, zugleich als eine ausreichende Entschädigung für die ihm auferlegte Beschränkung anzusehen sind.

Aber auch die Verhältnisse und Bedürfnisse des vom Prinzipal betriebenen Geschäfts werden zu berücksichtigen sein. Die Feststellung, in welchem Umfange ein berechtigtes Interesse des Prinzipals an der dem Gehilfen auferlegten Beschränkung besteht, bildet wie die Denkschrift[2])

---

[1]) Hahn Mugdan S. 242.
[2]) Hahn Mugdan S. 242.

ausführt, naturgemäß eine der wesentlichen Grundlagen für die richterliche Entscheidung.

Eine Konkurrenzklausel wird für den Handlungsgehilfen nicht mehr verbindlich sein, wenn der Prinzipal sein Geschäft aufgibt oder sein Geschäft in einer anderen Branche betreibt. Denn dann kann von einer Konkurrenz keine Rede mehr sein, der Prinzipal kann kein Interesse mehr an der Aufrechterhaltung der Klausel haben; auch die kleinste Beschränkung des Gehilfen ist in diesem Falle nichtig. Nach dem Gesetz ist eine Konkurrenzklausel nur dann gültig, wenn sie die Grenzen hinsichtlich der Zeit, des Ortes und des Gegenstandes innehält. Wie schon angegeben, läßt sich die Frage, ob ein Konkurrenzverbot angemessen begrenzt ist, nur nach den individuellen Verhältnissen jedes Einzelfalles beurteilen. Es ist davon auszugehen, daß es keineswegs nötig ist, daß eine solche Begrenzung allemal in allen drei Richtungen (zeitlich, örtlich, gegenständlich) vorliege. Es genügt unter Umständen vielmehr eine. Ferner sei noch erwähnt, daß, wie das Reichsgericht[1]) ausführt, für die Beurteilung, ob ein Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten verstößt, grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend sind. Änderungen dieser Verhältnisse nach dem Vertragsschlusse können für jene Beurteilung beachtlich sein, einmal, wenn das Konkurrenzverbot die durch jene Änderungen geschaffene Sachlage gleichfalls umfaßt, diese Sachlage sonach nach dem Willen der Parteien schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit erfaßt werden sollte, dann aber, wenn durch jene Äußerungen Erfahrungstatsachen des Lebens, die bereits beim Vertragsschlusse bekannt waren, lediglich bestätigt werden, da die Parteien verständigerweise mit solchen Erfahrungstatsachen beim Vertragsschlusse rechneten.

Die zeitliche Grenze ist vom Gesetzgeber fest bestimmt, sie beträgt drei Jahre vom Zeitpunkt der Beendigung des

---

[1]) Urteil vom 30./6 08.

Dienstverhältnisses an gerechnet. Unter Beendigung ist nicht die tatsächliche, sondern die rechtliche zu verstehen. Eine Konkurrenzklausel, die über diesen Zeitpunkt hinausgeht, ist ispo jure trotzdem nur bis zu drei Jahren gültig. Aber damit, daß im Gesetze dieser Zeitraum von drei Jahren statuiert ist, soll nicht gesagt sein, daß nicht auch eine Konkurrenzklausel, die der Zeit nach hinter drei Jahren zurückbleibt, unbillig sein kann; sie kann also selbst, wenn sie für einen kürzeren Zeitraum als drei Jahre vereinbart ist, vom Richter auf eine angemessene Zeit herabgesetzt werden. H. G. B. § 74 Abs. II gibt eben nur die äußerst zulässige Grenze an. Diese Festsetzung der zeitlichen Grenze auf drei Jahre bei der Beratung des § 74 soll ein Zugeständnis gegenüber denen gewesen sein, welche für eine radikale Abschaffung der Klausel gewesen waren.

Anders steht es mit der örtlichen und gegenständlichen Beschränkung. Hier ist keine absolute Grenze gezogen, sondern das richterliche Ermessen gibt hier den Ausschlag.

Was zunächst die räumliche Beschränkung angeht, so ward bei der Beratung des § 74 in der Reichstagskommission [1]) der Vorschlag gemacht, das Konkurrenzverbot auf 1 Klm. von der Betriebsstätte des Geschäftsherrn aus einzuschränken. Dieser Antrag ist aber abgelehnt worden. Der Raum nun, innerhalb dessen dem Gehilfen eine Konkurrenztätigkeit verboten ist, kann eine Straße, eine Stadt, ein Stadtteil, Landesteil, Erdteil sein. Darf der Gehilfe innerhalb einer bestimmten Entfernung kein Konkurrenzgeschäft errichten, so ist die Entfernung nach der Luftlinie, nicht nach der Straßenlinie, zu berechnen. Kollisionen zwischen den Interessen des Prinzipals und denen des Handlungsgehilfen hinsichtlich der räumlichen Ausdehnung des Konkurrenzverbots kommen besonders häufig vor, wenn der frühere Gehilfe, welcher im Geschäft seines Prinzipals einen Reiseposten innegehabt hatte, in ein anderes Geschäft als

[1]) Hahn Mugdan S. 565.

Reisender eintritt. Jedoch ist die Abmachung, der bisherige Reisende dürfe die Kunden seines bisherigen Hauses nicht besuchen, streng dahin auszulegen, daß ihm nicht jeder geschäftliche Verkehr, sondern eben nur der Besuch und zwar auch nur der geschäftliche Besuch verboten sei. Aus der Rechtssprechung seien noch folgende Fälle erwähnt:

Das Reichsgericht[1]) hat entschieden, daß das Verbot, eine bestimmte Zeit hindurch in einem gewissen Bezirk kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, den dadurch Beschränkten nicht hindert, von einem außerhalb des Bannbezirkes gelegenen Orte aus Geschäfte nach innerhalb des Bezirkes liegenden Orten zu machen.

Das Kaufmannsgericht Berlin[2]) erachtet eine Konkurrenzklausel, durch welche die Abteilungsleiterin (Lagerdame) eines großen Warenhauses in Berlin sich verpflichtet, binnen Jahresfrist vom Tage der Beendigung des Engagementsverhältnisses ab bei bestimmt angegebenen Konkurrenzfirmen und bei Konkurrenzfirmen, bei denen eine bestimmte Persönlichkeit beteiligt ist, nicht Stellung zu nehmen, nicht für unzulässig.

Hat sich jemand verpflichtet, in einer bestimmten Stadt kein Konkurrenzgeschäft zu errichten, so gilt dies auch für die entlegensten Teile der Stadt und auch für solche Geschäfte derselben Branche, die tatsächlich dem Geschäfte seines Prinzipals bisher keine Konkurrenz gemacht haben. Es genügt schon die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes des Prinzipals. Ob ein solches Verbot sich in allen Teilen auch auf die Vororte erstreckt, ist Tatfrage[3]).

Unter der gegenständlichen Begrenzung versteht man nach Staub[4]) die Einschränkung der gewerblichen Tätig-

---

[1]) Urteil vom 21./9. 1901.
[2]) Urteil vom 8./2. 1907.
[3]) Düringer Hachenburg VI zu § 74.
[4]) Anm. 11 zu § 74.

keit als einer solchen. Erforderlich ist, daß die Identität des Handelszweiges vorliegt, wenn das Konkurrenzverbot verletzt sein soll. So ist ein Geschäft, das sich grundsätzlich mit Barkäufen befaßt, ein anderes, als ein Abzahlungsgeschäft und kann deshalb, auch wenn beide gleiche oder ähnliche Artikel führen, nicht als Konkurrenzgeschäft gelten. Das Verbot kann sich beziehen auf eine oder mehrere Branchen, auf einzelne Artikel einer bestimmten Branche, ferner auf bestimmte Arten der späteren Beschäftigung, z. B. als Reisender in der Branche tätig zu sein.

Ist durch Konkurrenzverbot die „Mitbeteiligung“ an einem gleichartigen Geschäft ausgeschlossen, so ist unter „Mitbeteiligung“ zu verstehen, der im Verkehr herrschenden Auffassung gemäß eine Beteiligung durch Einsetzung der vollen Arbeitskraft, durch Einwerfen von Kapital, Immobilien, Apparaten etc. und zwar mit dem Anspruche auf Teilnahme am Gewinn, gewöhnlich auch mit der Verpflichtung am Verlust zu partizipieren. Sie liegt also nicht vor, wenn derjenige, gegen den das Verbot erlassen ist, seinem Sohne bei der Einrichtung eines gleichartigen Geschäfts ratend zur Seite steht und ihn mit Geld unterstützt (O. L. G. Zweibrücken[1]). Das Reichsgericht[2]) versteht unter Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft auch eine persönliche, selbst unentgeltliche Tätigkeit mit. Darin, daß der Verpflichtete bei einem Bekannten oder Geschäftsfreunde gelegentlich ein Konkurrenzgeschäft empfiehlt oder auch gelegentlich eine Bestellung dafür entgegennimmt, liegt keine Beteiligung.

Zum Schluß sei noch eine Entscheidung des Kaufmannsgericht Karlsruhe[3]) erwähnt: Wenn dem Angestellten der selbständige Betrieb eines „Herren- und Knaben-Garderobe- und Maßgeschäfts“ verboten ist, so folgt daraus,

---

[1]) Urteil vom 6./6. 04.
[2]) Urteil vom 19./11. 06.
[3]) Urteil vom 20./5. 08.

da das Herren- und Knaben-Garderobe- etc. Geschäft nicht die Verbindung zweier Geschäftszweige, sondern eine neue selbständige Art von Geschäftsbetrieb ist, nicht ohne weiteres, daß er auch das einfache „Schneidergeschäft" nicht betreiben dürfe.

Was jedoch alle drei dem richterlichen Ermäßigungsrecht unterliegenden Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit angeht, so kann wie Steiner[1]) richtig ausführt, dem Richter ein Recht, Schranken über Zeit, Ort und Gegenstand hinaus aufzustellen, nicht zugestanden werden.

4. Die Konkurrenzklausel bei Minderjährigen.

Eine Konkurrenzklausel kann nur mit Volljährigen oder, was dem nach B. G. B. § 3 gleich steht, mit volljährig Erklärten abgeschlossen werden. Der Absatz III des § 74 stellt ausdrücklich diese Vorschrift auf: „Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist." Die Annahme des Abs. III des § 74 soll, wie im Reichstag[2]) gesagt wurde, eine Konzession gegenüber denjenigen gewesen sein, welche für eine radikale Abschaffung jedweder Konkurrenzklausel waren. Nach der Denkschrift[3]) rechtfertigt sich die Vorschrift durch die Erwägung, daß eine Vertragsbestimmung, durch welche der Gehilfe einer Beschränkung hinsichtlich der künftigen Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit unterworfen wird, ihn nur hindern darf, wenn er bei Übernahme der Verpflichtung in der Lage ist, deren Tragweite in vollem Umfange selbst zu würdigen, und daß andrerseits ein Angestellter, der noch nicht das Alter der Volljährigkeit erreicht hat, kaum so bald in der Lage sein wird, die berechtigten Interessen des Geschäftsinhabers durch die Tätigkeit im Konkurrenzbetriebe zu gefährden. Sehen wir vom letzten Punkt ab, mit welchem

---

[1]) S. 27.
[2]) Hahn Mugdan S. 486.
[3]) Hahn Mugdan S. 242.

es sich durchaus nicht immer so verhält, wie es die Denkschrift darstellt, so sind wir bezüglich des ersten Punktes mit Steiner[1]) derselben Ansicht, daß nämlich gar kein Grund dafür vorliege, warum beim Abschluß eines Dienstvertrages mit Konkurrenzklausel die fehlende Erkenntnis des Minderjährigen nicht ebensogut wie bei hundert anderen nicht minder wichtigen Rechtsgeschäften durch den für seine Handlungen haftbaren Vormund solle ergänzt werden können.

Die zwingende Bestimmung des Abs. III des § 74 darf nicht umgangen werden, weder kann sich der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen verpflichten, diesen zur Erfüllung der ihm durch die Klausel auferlegten Pflichten anzuhalten, noch auch selbst eine Vertragsstrafe für den Fall versprechen, daß der Minderjährige die Klausel übertritt, denn erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben (B. G. B. § 344). Die Absicht des Gesetzgebers, den Minderjährigen in keiner Weise einer Bindung zu unterwerfen, könnte auch nur zu leicht umgangen werden.

Absatz III des § 74 verlangt, daß der Gehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist. Mag der Gehilfe auch bereits zur Zeit der Beendigung des Dienstverhältnisses volljährig geworden sein, der Konkurrenzausschließungsvertrag ist und bleibt nichtig. Der Zeitpunkt des Abschlusses ist hier das maßgebende Moment. Ist der Gehilfe volljährig geworden, so kann er die nichtige Klausel dadurch zu einer gültigen machen, daß er sie bestätigt. Denn nach B. G. B. § 141 ist die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme zu beurteilen. Die Bestätigung muß also in derselben Form erfolgen, wie die Vereinbarung der Konkurrenzklausel selbst, und da für letztere keine bestimmte

[1]) S. 12.

Form vorgeschrieben ist, so kann dies auch stillschweigend durch konkludente Handlungen geschehen. Jedoch ist nicht immer gesagt, daß in der Fortsetzung des Dienstvertrages eine Bestätigung der Klausel zu erblicken sei; es kommt auf die Lage des einzelnen Falles an.

Wir kommen jetzt zu der Frage, inwieweit bei Vereinbarung einer Konkurrenzklausel mit einem Minderjährigen die Gültigkeit des Dienstvertrages beeinflußt wird. Ist der Konkurrenzvertrag selbständig abgeschlossen, unabhängig vom Dienstvertrage, so ist natürlich durch die Nichtigkeit des Konkurrenzvertrages nicht auch die des Dienstvertrages bedingt. Anders aber, wenn die Konkurrenzklausel Bestandteil des Dienstvertrages ist. Hier ist die große Streitfrage aufgetaucht, ob B. G. B. § 139 neben H. G. B. § 74 Abs. III Anwendung findet. Nach B. G. B. § 139 ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Ist also im Fall der Nichtigkeit der Konkurrenzklausel als eines Teiles des Dienstvertrages der ganze Dienstvertrag hinfällig geworden? Die Anwendung des B. G. B. § 139 würde zur Folge haben, daß wegen der Nichtigkeit des ganzen Dienstvertrages der Prinzipal den Gehilfen auf der Stelle ohne Kündigung entlassen wie auch umgekehrt der Gehilfe ohne weiteres seinen Dienst verlassen könnte. Aber eine Nichtigkeit des ganzen Dienstvertrages liegt auch nicht im Willen des Gesetzgebers. Abs. III des § 74 spricht von einer „Vereinbarung"; aus den beiden vorhergehenden Absätzen des § 74 ist jedoch zu schließen, daß hier unter „Vereinbarung" nur die Konkurrenzklausel selbst verstanden sein kann. Demnach ist nur die Konkurrenzklausel, nicht der Dienstvertrag nichtig. Nach B. G. B. § 139 hätte, wer sich auf die Ausnahme — nämlich, daß der Dienstvertrag auch ohne die Konkurrenzklausel abgeschlossen sein würde — beruft, diese zu beweisen. Und dieser Beweis würde für den Gehilfen sehr schwer, wenn nicht gar unmöglich sein, denn kein Prinzipal würde einen

Dienstvertrag mit einer Konkurrenzklausel abschließen, wenn die Gefahr bestände, späterhin aus der Konkurrenzklausel keine Rechte herleiten zu dürfen.

Auch Staub[1]) erklärt sich für den Fortbestand des Dienstvertrages. Er ist der Ansicht, daß gemäß Art. 2 E. G. H. G. B. der § 139 B. G. B. von der subsidiären Geltung auszuschließen sei. Das Gesetz habe die Vertragsfreiheit nur in ganz bestimmten Grenzen antasten wollen. Seinen Zwecken genüge ein Zustand, kraft dessen die Abreden gegen die von ihm aufgestellten Schutzvorschriften nichtig seien, im übrigen aber der abgeschlossene Vertrag zu Recht bestehe. Diesen Zustand habe der Gesetzgeber gewollt; nicht dagegen solle regelmäßig die Rechtsbeständigkeit des ganzen Dienstvertrags in Frage gestellt werden, wenn eine Schutzvorschrift durch eine getroffene Abrede verletzt werde. Denn durch einen Rechtszustand der letzteren Art würden ja die Schutzvorschriften dazu beitragen, die Rechtsstellung des Handlungsgehilfen noch unsicherer zu machen, und der Gesetzgeber habe doch ihre Stellung befestigen wollen. Aber auch im Falle der Minderjährigkeit des Gehilfen kann der § 139 B. G. B. außer Wirksamkeit gesetzt werden. Das Gesetz zeigt auch hier den Weg, um eine für beide Teile ersprießliche Regelung herbeizuführen. Entscheidend ist der Umstand, ob der Prinzipal beim Abschluß der Konkurrenzklausel um die Minderjährigkeit des Gehilfen gewußt hat oder nicht. Ersterenfalls hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm späterhin aus der Konkurrenztätigkeit des Gehilfen Nachteile erwachsen, er hatte es ja in der Hand, den Gehilfen nicht anzustellen. Im zweiten Falle steht ihm B. G. B. § 119 zur Seite. Er kann nach Abs. I den Dienstvertrag anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Für letzteres ist der Prinzipal beweispflichtg, und allzuschwer wird ein solcher

[1]) Anm. 2 zum Exkurs zu § 62.

Nachweis nicht zu erbringen sein. Zu beachten ist, daß es hier auf ein Verschulden des Prinzipals nicht ankommt, er kann anfechten, selbst wenn er grobfahrlässig irrte. Aber auch Abs. II § 119 B. G. B. kommt in Frage. Minderjährigkeit kann man wohl als Eigenschaft einer Person ansehen, die im Verkehr als wesentlich gilt.

Aus einer Anfechtung des Dienstvertrages nach B. G. B § 119 erwachsen dem Gehilfen aber durchaus keine Nachteile. Einmal muß nach B. G. B. § 121 die Anfechtung seitens des Prinzipals unverzüglich erfolgen, der Gehilfe bleibt also nicht lange im Unklaren über seine Lage, zum andern hat nach B. G. B. § 122 der Prinzipal im Falle einer Anfechtung dem Gehilfen das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, d. h. den Schaden, den letzterer dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit und das weitere Fortbestehen des Dienstvertrages vertraut hat.

Anders wird natürlich die Sachlage, wenn der Gehilfe seinen Prinzipal über sein Alter arglistig getäuscht hat. Hier kann der Prinzipal nach B. G. B. § 123 anfechten, aber eine Verpflichtung zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses liegt dann naturgemäß nicht vor, da der Täuschende eine solche Begünstigung nicht verdient hat.

Die Ansicht Tiedemanns[1]), der Prinzipal werde, da er sich durch eine Vereinbarung mit dem minderjährigen Gehilfen nicht gegen dessen spätere Konkurrenz werde schützen können, dessen Tätigkeit im Geschäft derart einrichten, daß die Gefahr einer späteren Konkurrenzentfaltung ausgeschlossen erscheint, daß infolgedessen auch die Ausbildung des Gehilfen beeinträchtigt wird, mag etwas für sich haben. Aber Tiedemann geht m. E. zu weit, wenn er meint, der Prinzipal werde von der Anstellung minderjähriger Handlungsgehilfen in seinem Geschäftsbetriebe überhaupt absehen. Wenn man bedenkt, daß jemand, der mit 14 Jahren die Schule verläßt, nach Absolvierung einer drei-

[1]) S. 106.

jährigen Lehrzeit 4 Jahre lang entweder weiter als Lehrling tätig sein — vielleicht gegen gar kein oder nur sehr geringes Entgelt — oder unter Aufgabe des Kaufmannsberufes überhaupt sich einer anderen Beschäftigung zuwenden müßte, so wäre dies etwas hart. Der eine oder andere Prinzipal mag vielleicht nach diesem Grundsatz verfahren, aber die größte Mehrzahl ist doch tolerant genug, um von einem derartigen Vorgehen abzusehen. Dies beweist schon der Umstand, daß es tausende von minderjährigen Handlungsgehilfen gibt, die in irgend einem Geschäfte tätig sind.

c) H. G. B. § 75.

1. Die Fälle, in denen der Prinzipal bei Verletzung der Konkurrenzklausel Ansprüche gegen seinen Angestellten nicht geltend machen kann, die sich daraus ergebenden Folgen und Möglichkeiten einer Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel.

Ein Dienstvertrag kann ganz allgemein sein Ende erreichen mit Ablauf der für seine Geltungsdauer bestimmten Zeit oder auf Grund vorhergehender Kündigung. Letztere kann entweder vom Prinzipal oder vom Gehilfen ausgehen. H. G. B. § 75, welcher jetzt den Gegenstand unserer Erörterung bilden wird, ist in seinem I. und II. Abs. auf die Fälle der Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Prinzipal oder den Gehilfen zugeschnitten. Abs. I unterscheidet bei einer durch den Prinzipal veranlaßten Beendigung des Dienstverhältnisses einmal zwischen dem Falle, wo der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Gehilfen einen Kündigungsgrund gibt, zum anderen, wo der Prinzipal selbst kündigt.

Das vertragswidrige Verhalten des Prinzipals muß dem Gehilfen das Recht geben, nach H. G. B. §§ 70 und 71 den Vertrag aufzulösen. Was ist unter vertragswidrigem Verhalten zu verstehen? Staub[1]) bezeichnet es als schuld-

[1]) Anm. 18 zu § 70.

hafte Pflichtverletzung, er scheidet den Fall von Vertragswidrigkeit aus, welchen der andere Teil ohne seine Schuld veranlaßt, so z. B., wenn der Kommis entlassen wird, weil er schwindsüchtig wird. H. G. B. § 70, auf den § 75 Abs. 1 Satz 1 hinweist, bestimmt in seinem I. Absatz, daß das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtige. Was das Gesetz ganz allgemein unter „wichtigen Grund" versteht, ist nirgendwo zum Ausdruck gebracht, es beschränkt sich in H. G. B. §§ 71, 72 auf die Wiedergabe einzelner solcher Auflösungsgründe. Besondere Erwähnung verdient der in H. G. B. § 71 unter Nr. 3 bezeichnete H. G. B. § 62, der dem Prinzipal eine Reihe von sozialen, das Wohl, die Sittlichkeit und die Religion des Gehilfen betreffenden Verpflichtungen auferlegt. Diese Verpflichtungen haben einen zwingenden Charakter, d. h. Vereinbarungen zwischen Prinzipal und Gehilfen, welche diese Verpflichtungen z. B. zugunsten des Prinzipals herabmindern wollten, sind nichtig. Das dem Gehilfen in H. G. B. § 62 gegebene vorzeitige Kündigungsrecht, greift, wie Steiner[1]) ausführt, nicht schon bei jeder bloßen Unterlassung der Pflichten Platz, sondern nur bei Verweigerung der Erfüllung. Die Weigerung braucht keinen besonderen Grad der Hartnäckigkeit erreicht zu haben, es genügt schon die einfache Nichterfüllung der Schutzpflicht trotz Ansuchens um Einhaltung derselben. Die in den §§ 70 und 71 H. G. B. gegebenen Beispiele sollen nun, wie Staub[2]) mit Recht ausführt, durchaus nicht erschöpfend sein, sie sollen dem Richter nur einen Anhaltspunkt für sein Ermessen geben; es bleibt im übrigen dem Richter noch immer überlassen, im einzelnen Falle festzustellen, ob ein genügend wichtiger Grund vorliegt.

Ein großer Streit der Meinungen setzt ein bei der Frage, ob der Gehilfe bei vertragswidrigem Verhalten des

---

[1]) S. 16.
[2]) Anm. 1 zu § 71.

Prinzipals das Dienstverhältnis tatsächlich sofort lösen, ob er unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist kündigen, oder ob er, wenn das Dienstverhältnis auf eine fest bestimmte Zeit geschlossen ist, bis zum Ablauf dieser Zeit in dem Geschäfte des Prinzipals verbleiben muß.

Cosack[1]) ist der Ansicht, daß der Gehilfe wegen der Pflichtverletzung des Prinzipals, das Dienstverhältnis nicht tatsächlich zu lösen braucht, er könne vielmehr im Dienste bleiben und brauche den Prinzipal nicht einmal darauf aufmerksam zu machen, daß die Klausel hinfällig geworden sei. Düringer Hachenburg[2]) stehen auf einem ähnlichen Standpunkt. Sie halten es nicht für notwendig, daß der Gehilfe ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt hat. Auch wenn er unter Beobachtung derselben kündige, oder der Vertrag ohne Kündigung sein Ende erreiche, könne er gegenüber dem Anspruch des Prinzipals aus dem Konkurrenzverbot einwenden, daß ihm der letztere durch sein vertragswidriges Verhalten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unmöglich gemacht habe.

Alle drei Schriftsteller berufen sich auf den Gesetzestext, nach welchem schon das Vorliegen eines wichtigen Grundes die Konkurrenzklausel außer Wirksamkeit setze, mag auch eine Kündigung erfolgt oder der Vertrag mit Ablauf der für seine Geltungsdauer bestimmten Zeit abgelaufen sein. Sie geben zu, daß, wenn der Gehilfe unterlasse, den Prinzipal auf seine Pflichtwidrigkeit aufmerksam zu machen, in diesem Verhalten eine Erneuerung der Klausel oder eine Billigung der vom Prinzipal begangenen Pflichtwidrigkeit (und damit also ein Verzicht auf die Einrede gegen die Ansprüche aus der Klausel) gesehen werden könne.

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt den Standpunkt, daß die Auflösung des Dienstverhältnisses tatsächlich erfolgt

---

[1]) S. 93.
[2]) I. Absatz 1 zu § 75.

sein muß. Nach Staub[1]) ist die einseitige Aufhebung des Vertrages erforderlich. Erfolge sie nicht, verbliebe vielmehr der Gehilfe in der Stellung und warte die Vertragsdauer ab, kündige er nur mit ordentlicher Frist, so liege der Fall nicht vor, der Gehilfe unterwerfe sich alsdann von neuem dem vertraglichen Wettbewerbsverbot.

Derselben Meinung sind auch Makower und Lehmann-Ring. Der von Staub und Genossen verteidigten Ansicht können wir uns nicht anschließen. Sie benachteiligt die Interessen des Gehilfen; der sofortige Dienstaustritt des Gehilfen kann schwere Nachteile für ihn mit sich bringen, es kann längere Zeit dauern, bis er eine passende Stellung und damit Verdienst wiederfindet.

Das Erfordernis des sofortigen Dienstaustritts läßt, wie das Reichsgericht in der bei Weiß zitierten Entscheidung[2]) mit Recht bemerkt, dem Gehilfen nur die Wahl, entweder sich die Vertragswidrigkeiten des Prinzipals gefallen zu lassen oder sich und seine Familie der Gefahr von Entbehrungen auszusetzen, die bei Einhaltung der Kündigungsfrist nicht zu befürchten gewesen wäre. Die Einhaltung der Kündigungsfrist würde dem Gehilfen noch Zeit und Muße genug gelassen haben, sich nach einem anderen passenden Dienst umzusehen. Aber auch die von Cosack und Düringer Hachenburg verfochtene Ansicht ist nicht ganz einwandfrei; sie benachteiligt die Interessen des Prinzipals, wenn, wie Tiedemann[3]) ausführt, der Gehilfe es in seinem Belieben hätte, statt im Fall einer Pflichtwidrigkeit des Prinzipals sein Kündigungsrecht unverzüglich geltend zu machen, erst nach der mit fristgerechter Kündigung erfolgten Endigung des Dienstverhältnisses zu erklären, daß er sich nicht mehr an die Klausel gebunden erachte. Der Gehilfe würde dann nach Auflösung des Dienstverhältnisses,

---

[1]) Anm. 2 zu § 75.
[2]) vom 22./1. 04.
[3]) S. 112.

wenn für ihn ein besonderes Interesse daran einträte, sich seiner Haftung aus der Klausel zu entziehen, nur auf einen während der Dauer des Dienstverhältnisses einmal vorhanden gewesenen Kündigungsgrund der nach H.G.B. § 75 Abs. I Satz 1 erforderlichen Art zurückzugreifen brauchen, um die Klausel wirkungslos zu machen. Zahllose auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigungsgründe gerichtete Prozesse würden die Folge davon sein.

Weiß[1]) folgt im wesentlichen der Ansicht Cosacks und Düringer Hachenburgs und beruft sich dabei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 22./1. 04, nach welcher nur das Vorhandensein eines Grundes nötig sei, der zum sofortigen Verlassen des Dienstes berechtigt, nicht aber der Dienstaustritt selbst. Er geht aber noch weiter und sagt folgendes: Im Falle, daß der Prinzipal Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses gegeben, müsse der Gehilfe in irgend einer Form zum Ausdruck bringen, nicht nur, daß er sich für entbunden von der Klausel erachte, sondern auch, daß er das Dienstverhältnis beendigen wolle. Dies könnte bei der sofortigen unbefristeten Kündigung, also beim sofortigen Dienstaustritt geschehen, aber der Gehilfe könne auch mit ordentlicher Frist kündigen, um zu verhindern, in der Zeit zwischen Kündigung und Ende des Dienstverhältnisses brotlos zu sein, und bei der Kündigung die betr. Erklärung abgeben. Unter allen Umständen aber — und das ist das Entscheidende — müsse er sofort oder doch bei der nächsten Kündigungsgelegenheit eine Erklärung dahingehend abgeben, daß er die Klausel für erloschen betrachte und sein Dienstverhältnis auf die eine oder andere Weise beendigt wissen wolle.

Dieser durch Weiß weiter ausgesponnenen Ansicht Cosacks und Düringer Hachenburgs können wir uns im Interesse der Rechtssicherheit nur anschließen, um beiden Parteien Nachteile zu ersparen. Der Handlungsgehilfe

---

[1]) a. a. O.

ist, wenn wir eine Kündigung annehmen, in der Zwischenzeit nicht beschäftigungslos, der Prinzipal weiß, wenn ihm die Erklärung des Gehilfen, daß er sich nicht mehr an die Klausel für gebunden erachte, zugeht, wenigstens, woran er ist.

Der Satz 2 des Abs. I von § 75 erklärt, daß der Prinzipal aus der Konkurrenzklausel keine Ansprüche herleiten könne, wenn er den Dienstvertrag kündigt. Jedoch kann er die Klausel in ihrer Gültigkeit aufrecht erhalten, wenn er aus einem von ihm nicht verschuldeten erheblichen Anlasse kündigt, oder wenn er während der Dauer der Konkurrenzbeschränkung dem Gehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt weiterzahlt. Es scheiden also die Fälle aus, bei denen der Dienstvertrag ohne Kündigung sein Ende erreicht, wie durch Ablauf der für seine Geltungsdauer vertraglich festgesetzten Zeit.

Was ist zunächst unter „erheblicher Anlaß" zu verstehen? „Erheblicher Anlaß" ist offenbar nicht dasselbe wie „wichtiger Grund". Im Abs. I des § 75 finden sich beide Ausdrücke; daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber mit beiden nicht dasselbe gemeint hat, sonst hätte er sicherlich sich nicht der verschiedenartigen Ausdrucksweise bedient. Kaufmann[1]) versteht unter „Anlaß" einen Umstand, welcher die treibende Kraft zur Hervorbringung einer gewissen Wirkung gewesen ist, sie „veranlaßt" hat; als „Grund" lassen sich auch Umstände bezeichnen, die, ohne in äußerlicher Beziehung zu einer bestimmten Handlung zu stehen, diese zu „rechtfertigen", zu „begründen" vermögen. Im Satz 2 Abs. I des § 75 ist zu den Worten „ein erheblicher Anlaß" der Zusatz „für die Kündigung" gemacht worden, während Satz 1 unter Verweisung auf die §§ 70—72 H. G. B. schlechthin von einem „wichtigen Grunde" spricht. Auch daraus ist schon die Nichtidentität der beiden Ausdrücke ersichtlich. Der wichtige Grund berechtigt zur sofortigen Entlassung, bedarf aber nach dem Gesetze besonderer Recht-

[1]) S. 157.

fertigung, der erhebliche Anlaß verlangt, wie der Zusatz „für die Kündigung“ schon beweist, eine Kündigung und kann völlig willkürlich erfolgen. Anschließend an die oben angegebene Definition führt Kaufmann[1]) aus, daß der betr. Tatbestand in einer dem Handlungsgehilfen bei der Kündigung erkennbaren Weise die Veranlassung zur Kündigung gewesen sein müsse; auf andere Umstände könne der Prinzipal hinterher nur dann zurückgreifen, wenn es sich um wichtige Gründe i. S. der §§ 70–72 H. G. B. handele. Letztere verlangten keinerlei äußerliche Beziehung, es heiße schlechtweg: „wenn ein wichtiger Grund vorliegt“. Es genüge, wenn der Prinzipal einen Grund darlege, welcher der Kündigung zur objektiven Rechtfertigung diene, es brauche dieser Grund garnicht die Veranlassung zur Kündigung gewesen zu sein. Deshalb habe man in der Praxis auch Tatsachen für einen wichtigen Grund erklärt, die sich nach der Entlassung zugetragen hätten und bei der Entlassung als Entlassungsgründe nicht angegeben worden wären. In Frage kommen Gründe, die auftauchen in der Zeit zwischen der Entlassung und dem Beginn des Prozesses über die Rechtmäßigkeit der Kündigung, aufgrund deren die Entlassung erfolgt ist.

Nehmen wir nun an, der Prinzipal habe dem Gehilfen fristgemäß gekündigt. Alsdann ist der Gehilfe an die Konkurrenzklausel nicht mehr gebunden, er kann die nötigen Vorkehrungen treffen, um in ein anderes z. B. Konkurrenzgeschäft einzutreten. Würde man nun die oben beim Vorliegen eines wichtigen Grundes erörterten Grundsätze zur Anwendung bringen, daß nämlich Tatsachen für einen wichtigen Grund erklärt werden, die sich nach der Entlassung ereignet haben, so wäre die Lage des Gehilfen eine sehr schlechte. Dadurch, daß der Prinzipal nachher nach der durch Kündigung erfolgten Auflösung des Dienstverhältnisses einen später eingetretenen von ihm nicht verschuldeten „er-

[1]) S. 157.

heblichen Anlaß" behaupte, würde er die Konkurrenzklausel, die infolge seiner früheren willkürlichen also verschuldeten Kündigung erloschen wäre, wieder in Kraft setzen. Der Gehilfe, welcher gutgläubig in ein Konkurrenzgeschäft eingetreten wäre, hätte dann damit seine Verpflichtungen aus der Klausel verletzt und müßte die Folgen tragen, sicherlich eine außerordentliche Unsicherheit für ihn.

Der „erhebliche Anlaß" geht weiter als der „wichtige Grund", er umfaßt die den Prinzipal zur Kündigung berechtigenden wichtigen Gründe der §§ 70, 72 selbst mit. Der Anlaß muß, wie Staub[1]) sagt, nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlaß zur Kündigung des Dienstvertrages bilden. Wie die Motive[2]) berichten, genügt schon wohlbegründete Unzufriedenheit des Prinzipals mit den Leistungen des Gehilfen. Im einzelnen liegt die Feststellung der Erheblichkeit des Kündigungsanlasses dem Ermessen des Richters ob auf Grundlage der im Handelsverkehr herrschenden Gebräuche.

Obige Ausführungen könnten den Gedanken aufkommen lassen, daß es sich stets um ein Verschulden des Gehilfen handeln, daß also der Anlaß in dessen Person liegen müsse. Dem ist nicht so. Selbst wenn in beider, sowohl des Prinzipals wie des Gehilfen Person kein Anlaß vorliegt, kann eine Kündigung seitens des Prinzipals erfolgen und trotzdem die Konkurrenzklausel aufrecht erhalten werden. So ist nach Düringer Hachenburg[3]) ein Brandfall, der die Fortführung des Geschäfts unmöglich macht, ein Kündigungsgrund der hier in Frage kommenden Art, ebenso, wenn der Prinzipal infolge veränderter Geschäftslage zur Kündigung des Gehilfen veranlaßt wird, etwa um das Personal einzuschränken oder um eine andersartige Arbeitskraft einzustellen (Cosack[4]), oder wenn in der Person des oder

[1]) Anm. 3 zu § 75.
[2]) Hahn Mugdan S. 569.
[3]) Anm. 2 zu § 75.
[4]) § 19 Seite 93.

der Geschäftsinhaber eine Änderung eintritt, die Veranlassung gibt, daß die bisher vom Handlungsgehilfen besorgten Geschäfte nunmehr von einem der Geschäftsinhaber vorgenommen werden[1]).

Liegt nun auf beiden Seiten ein Verschulden vor und kündigt der Prinzipal, so tritt die Konkurrenzklausel außer Kraft, denn der Prinzipal kann keinen von ihm nicht verschuldeten Anlaß dartun. Daß eine Kompensation mit gegenseitigem Verschulden i. S. von § 254 B. G. B. stattfindet, ist nirgendwo anerkannt (siehe auch Staub Anm. 3 zu § 75 und Reichsgerichts-Urteil vom 22. 1. 1904).

Den Beweis, daß ein von ihm nicht verschuldeter Anlaß vorliegt, hat natürlich der Prinzipal zu erbringen.

Kündigt der Prinzipal seinem Gehilfen ohne erheblichen Anlaß, so erlischt die Klausel. Aber der Abs. I des § 75 H. G. B. gibt ihm Gelegenheit, die Rechte aus der Klausel wieder aufleben zu lassen, wenn er während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortzahlt. Jedoch ist zu beachten, daß das Dienstverhältnis ein für allemal durch Kündigung erloschen ist. Der Gehilfe kann während der Zeit der Beschränkung seiner gewerblichen Tätigkeit ein neues Dienstverhältnis bei einem durch die Konkurrenzklausel nicht getroffenen Geschäft eingehen und somit auch doppeltes Gehalt beziehen. Wie bei der Beratung [2]) dieser Vorschrift betont wurde, sollte dem Prinzipal hierdurch eine wirksame Waffe in die Hand gegeben werden gegen einen Gehilfen, der ihn durch passiven Widerstand oder fortgesetzte kleine Chikanen zur Kündigung und damit zur Außerkraftsetzung der Klausel nötigen wollte, ohne daß aber die Chikanen etc. einen erheblichen Anlaß zur Kündigung darzustellen brauchten. Der Antrag, dem Gehilfen nur die Hälfte des bisherigen Gehaltes zukommen zu lassen, fand im Reichstag keine Annahme.

---

[1]) O. L. G. Jena Urteil vom 27. 10. 1902.

[2]) Hahn Mugdan S. 569.

Großer Streit erhebt sich bei der Frage, was unter „Gehalt" zu verstehen ist. Die einen verstehen darunter nur das feste nach Ablauf bestimmter Zeiten verdiente Entgelt, die anderen rechnen hierzu noch Provisionen, Tantiemen etc. Staub[1]) bezeichnet Gehalt als einen Betrag, wie er seinen letzten Bezügen entspricht, und rechnet dazu auch Provisionen, Tantiemen etc. im Gegensatz zu Düringer Hachenburg[2]). Staub weist mit Recht darauf hin, daß das Gesetz selbst in vielen Fällen unter Gehalt ein Gehalt im weiteren Sinne versteht, so z. B. im § 63 H. G. B.[3]). Auch die Motive[4]) sprechen sich für die Ansicht Staubs aus. Düringer Hachenburg, welche die entgegengesetzte Meinung vertreten, führen zu ihrer Begründung an, daß man ursprünglich dem Gehilfen nur die Hälfte ihres bisherigen Gehalts habe weiter zahlen wollen, wahrscheinlich in dem Gedanken befangen, daß das Gehalt als fester Betrag festgelegt sein müsse, um es überhaupt halbieren zu können. Warum aber auch nicht Provisionen, Tantiemen etc., sei es diese allein, sei es in Verbindung mit einem festen Entgelt, genau bestimmt und dann halbiert werden könnten, ist nicht einzusehen. Es ist m. E. recht und billig, dem Gehilfen, welchem gekündigt wird, vielleicht zu ganz ungelegener Zeit, nachher dieselben Vermögensvorteile zukommen zu lassen, wie z. Z. des Bestehens des Dienstverhältnisses. Der Gehilfe muß, wie er ein Recht auf sein früheres festes Gehalt hat, so auch ein solches auf die bezogenen unregel-

---

[1]) Anm. 4 zu § 75.

[2]) Anm. 5 zu § 75.

[3]) H. G. B. § 63. Wird der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus.

Abs. II spricht von dem Rechte des Gehilfen, einer etwaigen Anrechnung der Beträge aus einer Kranken- oder Unfallversicherung auf das Gehalt seitens des Prinzipals entgegenzutreten.

[4]) Hahn Mugdan S. 564.

mäßigen Bezüge (Provisionen etc.) haben, wenn wir annehmen, daß er neben festen auch nicht feste Bezüge hat. Die Feststellung, wie hoch die nicht festen Bezüge sind, wird wohl manchmal mit Schwierigkeiten verknüpft sein, aber der Durchschnittssatz während des letzten Dienstjahres und die Besteuerung des Gehilfen werden eine genügende Handhabe bieten. Die Weiterzahlung des Gehalts soll ja gewissermaßen eine Art Schmerzensgeld dafür sein, daß der Gehilfe aus dem Geschäft, wo er vielleicht recht günstige Gehaltsbedingungen vorgefunden hat, hat ausscheiden müssen, oder nicht in der Lage ist, in einem Konkurrenzgeschäft, das vielleicht dieselben Lohnbedingungen hat, wieder Anstellung zu finden. Und nehmen wir nun vollends den Fall, daß ein Gehilfe ausschließlich auf nicht feste unregelmäßige Bezüge (Provisionen etc.) angewiesen sei, was im Gegensatz zu Reinshagen [1]) sehr wohl vorkommen kann, so bekäme der Gehilfe nach seinem Dienstaustritt nicht einen Pfennig, wäre aber trotzdem an die Klausel gebunden, also vollständig von der Gnade des Prinzipals abhängig, wenn man der von Düringer Hachenburg verfochtenen Ansicht beitritt. Er wäre, wenn es nur sehr wenige Konkurrenzgeschäfte der Branche seines Prinzipals gäbe, und ihm der Eintritt in irgend eines von diesen wenigen verboten würde, gezwungen, sich einer anderen Beschäftigungsart zuzuwenden; und hier bezieht er dann im Anfang vielleicht gar kein oder nur sehr geringes Gehalt.

Es liegt auf der Hand, daß eine solche Auslegung des Gesetzes den Gehilfen äußerst benachteiligen und ihn schlechter stellen würde, als seine mit festen Bezügen angestellten Collegen, aber sie entspricht auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Durch den ganzen VI. Abschnitt des ersten Buches des H. G. B. geht ein sozialer Zug, die Devise lautet: Schutz den wirtschaftlich Schwächeren, den Handlungsgehilfen gegenüber ihren Prinzipalen! Zum Ausdruck

[1]) S. 37.

gekommen ist dieses Moment auch in dem bereits am 1. Januar 1898 erfolgten Inkrafttreten der Bestimmungen des VI. Abschnitts. Diesem sozialen Empfinden würde aber gerade entgegengehandelt werden, wenn man dem Worte „Gehalt" eine allzu engherzige Auslegung zuteil werden ließe.

Steiner[1]) tritt unserer Auffassung nur teilweise bei; er will, wenn der Gehilfe ausschließlich auf Provisionen etc. angewiesen ist, diese „an Stelle des festen Gehalts" treten lassen; bezieht dagegen der Gehilfe neben einem festen Einkommen noch unregelmäßige Einnahmen, so betrachtet er nur das feste Einkommen als „Gehalt" i. S. von H. G. B. § 75. Warum das, ist nicht einzusehen. Das feste Gehalt kann im Verhältnis zu den schwankenden Beträgen äußerst minimal sein, fast die gleiche Ungerechtigkeit würde sich ergeben, wie wenn der Gehilfe nur auf Provisionen etc. angewiesen wäre.

Aber auch der Sprachgebrauch des H. G. B. steht, wie Fromm[2]) ausführt, unserer Auffassung nicht entgegen. Denn während nach H. G. B. § 64 unter „Gehalt" unstreitig ein fester Bezug zu verstehen ist, gehören im § 63 H. G. B. dazu auch die schwankenden Beträge (siehe auch Staub[3]).

Der Prinzipal muß dem Gehilfen in unzweideutiger Weise erkären, daß er von dem Rechte der Gehaltsfortzahlung Gebrauch mache. Treu und Glaube verlangen, daß diese Erklärung bei der Kündigung abgegeben wird. Würde der Prinzipal von dieser Befugnis erst später Gebrauch machen dürfen, so könnte der Gehilfe in eine sehr mißliche Lage kommen. Nehmen wir an, der Gehilfe hätte nach stattgefundener Kündigung sich nach einer neuen Stellung umgesehen und auch eine solche gefunden. Würde nun der frühere Prinzipal, nachdem der Gehilfe bereits

---

[1]) S. 25.
[2]) S. 75.
[3]) Anm. 4 zu § 75.
Anm. 3 zu § 64.
Anm. 5 zu § 63.

längere Zeit im Geschäfte seines neuen Prinzipals tätig gewesen ist, zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Klausel von seinem Rechte der Gehaltsfortzahlung Gebrauch machen, so müßte der Gehilfe entweder seinem neuen Prinzipal gegenüber kontraktbrüchig werden oder seinem früheren Prinzipal gegenüber die ihm durch die Klausel auferlegten Verpflichtungen verletzen.

Das Gesetz selbst bietet auch eine genügende Handhabe dafür, daß die Erklärung der Gehaltsfortzahlung bei der Kündigung abgegeben werden müsse. So bestimmt der § 629 B. G. B., daß der Prinzipal seinem Gehilfen nach der Kündigung eine angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses gewähren muß. Dieses Recht des Gehilfen würde hinfällig werden, wenn der Prinzipal späterhin jederzeit das Recht hätte, die Erklärungen nach seinem Gutdünken abzugeben. Der Gehilfe würde ständig in Ungewißheit schweben, wenn er sich nach einer neuen Stellung umgesehen hätte; der Prinzipal hätte es in der Hand, ihn aus seiner Stellung zu verdrängen, oder wegen Verletzung der Klausel schadenersatzpflichtig zu machen.

Wird somit die Erklärung nicht bei der Kündigung abgegeben, so braucht der Gehilfe auf eine Konkurrenzklausel keine Rücksicht zu nehmen. Die Klausel lebt auch dadurch nicht wieder auf, daß der Gehilfe sich Handlungen zu Schulden kommen läßt, die den Prinzipal gemäß H. G. B. § 72 Ziff. 1 zur Kündigung des Dienstverhältnisses berechtigt hätten[1]). Ebensowenig kann man, wie Herz[2]) ausführt, verlangen, daß der Gehilfe den Prinzipal unter Fristbestimmung zu einer Erklärung darüber auffordert, ob er das Gehalt fortzahlen wolle oder nicht, denn es liegt für den Prinzipal nur eine Möglichkeit vor, sich ein Recht zu verschaffen, es sei seine Sache, das von selbst zu tun, was zu diesem Rechtserwerbe erforderlich erschiene.

---

[1]) O. L. G. Cöln Urteil von 2./3. 1904.
[2]) a. a. O.

Wie lange muß das Gehalt fortgezahlt werden? Zunächst entscheidet eine etwaige Vereinbarung, d. h. eine für die Konkurrenzenthaltung vertraglich festgesetzte Zeit; ist eine solche nicht festgelegt, so ist die gesetzlich fixierte Höchstfrist von drei Jahren maßgebend. Ebensowenig wie einem Gehilfen ein mehr als drei Jahre dauerndes Verbot einer Konkurrenztätigkeit auferlegt werden darf, kann man vom Prinzipal eine Gehaltsfortzahlung über drei Jahre hinaus verlangen. Jedoch steht beiden Teilen durchaus nichts im Wege, nach der Beendigung des Dienstverhältnisses, wenn sie sich also nicht mehr als Prinzipal und Gehilfe gegenüberstehen, eine Gehaltsfortzahlung über die Frist von drei Jahren hinaus zu vereinbaren. Auf eine solche Vereinbarung würden aber dann nicht mehr die Vorschriften der §§ 74, 75 H. G. B. Anwendung finden können.

Der Prinzipal hat es nicht in der Hand, nun bei der Kündigung einfach zu erklären, er zahle das Gehalt nur für einen Teil der Konkurrenzenthaltungszeit weiter. Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß während der Dauer der Beschränkung, d. h. während der ganzen Zeit der Beschränkung, diese Verpflichtung existiere. Ebensowenig kann er während der Karrenzzeit einseitig erklären, er stelle von heute ab die Zahlungen ein und betrachte den Gehilfen als nicht mehr an die Klausel gebunden. (Staub[1]) Kommt der Prinzipal seinen Verpflichtungen nicht nach, so kann der Gehilfe die Klausel als nicht mehr für ihn maßgebend ansehen, er kann aber auch im Klagewege gegen seinen früheren Chef vorgehen, nachdem er ihn durch Mahnung in Verzug gesetzt hat. Da nun analog die Bestimmungen über die Zahlung des Gehalts während des Dienstverhältnisses Platz greifen werden, so wird wohl § 284 Abs. 2 B. G. B. Anwendung finden können: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der

[1]) Anm. 4 zu § 75.

bestimmten Zeit leistet.“ Nicht kommen die Bestimmungen des § 326 B. G. B., wie die meisten Schriftsteller annehmen, zur Anwendung. Der § 326 behandelt den Verzug bei gegenseitigen Verträgen. Mit letzteren haben wir es hier aber nicht zu tun; die Erklärung des Prinzipals betreffend Fortzahlung des Gehalts ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, sie bedarf nicht der Annahme seitens des Gehilfen, ja sie tritt sogar selbst dann in Wirksamkeit, wenn letzterer gar nicht mit der Weiterzahlung einverstanden ist.[1]) Man wird wohl dann nicht von einem gegenseitigen Vertrage sprechen können, weil ja keine erklärte Willensübereinstimmung der beiden Parteien, vielmehr gerade das Gegenteil vorliegt.

Einige Beachtung verdient noch die von Steiner[2]) vertretene Ansicht. Dieser betrachtet das Rechtsverhältnis während der Beschränkungsdauer bei Fortzahlung des Gehaltes als die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, das ist des Dienstvertrages, unter Verzicht des Prinzipals auf die Dienste des Gehilfen. Daß davon keine Rede sein kann, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst, welcher ausdrücklich in § 74 von einer wirtschaftlichen Beschränkung für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses spricht.

Eine vorübergehende Einstellung der Gehaltszahlungen wird noch nicht die Rechte des Prinzipals aus der Konkurrenzklausel hinfällig machen können, wohl aber eine fortgesetzte hartnäckige trotz mehrfacher Mahnung nicht vorgenommene Weiterzahlung.

Zum Schluß sei noch auf die Abhandlung von Herz hingewiesen, welcher die praktische Verwertbarkeit dieser Bestimmungen über die Gehaltsfortzahlung sehr gering einschätzt. Er führt logisch sehr richtig aus, daß der Prinzipal dem Gehilfen immerhin noch sein wirtschaftliches Fortkommen erschweren könne, wenn er

[1]) Makower I zu § 75.
[2]) S. 22.

zwar von der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel absehe, aber ihn doch in der Weise binde, daß er ihm zwar nicht kündigt, aber ihn während der betreffenden Zeit einfach nicht beschäftigt. Dadurch wird dem Gehilfen die Möglichkeit genommen, während seiner Beschäftigungslosigkeit bei einem anderen zu arbeiten und damit doppeltes Gehalt zu beziehen; er steht noch immer in Diensten seines früheren Prinzipals und würde den Dienstvertrag verletzen, wenn er seine Arbeitskraft anderen zur Verfügung stellte. Er hat nur einen Anspruch auf Vergütung, nicht aber auf Beschäftigung. Das Verbot irgend welcher Konkurrenztätigkeit würde sich dann auf H.G.B. §§ 60, 61 gründen (*während* der Dauer der Dienstzeit!). Ob sich nun ein Prinzipal dazu verstehen wird, seinem Gehilfen unter Verzicht auf Dienstleistungen das Gehalt zu zahlen, möchte ich bezweifeln. Ebensowenig will mir einleuchten, welches Interesse der frühere Prinzipal daran haben kann, daß der Gehilfe nicht das doppelte Gehalt bezieht.

2. Die Folgen der Verletzung der Konkurrenzklausel durch den Gehilfen.

Abs. II § 75 H.G.B. spricht davon, daß der Gehilfe für den Fall der Nichterfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung zur Enthaltung einer Konkurrenztätigkeit eine Strafe versprochen hat. Wir gehen zunächst näher auf den Fall ein, daß *keine* Konventionalstrafe versprochen ist. Dann hat der Prinzipal

1. einen Anspruch auf Erfüllung seiner Zusage, d. h. auf Unterlassung der durch die Klausel verbotenen Tätigkeit für die Zukunft. *Ritter*[1]) hält sogar die Unterlassungspflicht auch dann für verletzt, wenn sich der Verpflichtete an einem Unternehmen beteiligt, das erst im Laufe der Sperrzeit und ohne Wissen und Wollen des Angestellten zu

[1]) a. a. O.

einem verbotenen wird, ferner wenn die Ehefrau sich mit Einwilligung des Verpflichteten der verbotenen Tätigkeit unterzieht.

Wie gestaltet sich nun die Zwangsvollstreckung aus einem auf Unterlassung lautenden Urteile, wenn nach der Verurteilung eine abermalige Verletzung der Klausel erfolgt? Zu unterscheiden ist hierbei, ob die verbotene Tätigkeit darin besteht, daß der Gehilfe in einem anderen Geschäft als Angestellter arbeitet, oder selbständig ein Konkurrenzgeschäft eröffnet.

Im ersteren Falle kommt der § 890 Z. P. O. zur Anwendung, nach welchem der Gehilfe wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Prinzipals in eine Geldstrafe bis zu 1 500 Mark oder in Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu nehmen ist. Der § 890 ist nur anwendbar bei einer Verpflichtung zu bloß passiven Verhalten, nicht bei Verpflichtungen zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes. Die Vollstreckung erfolgt hier durch Repression, d. i. Bestrafung der Zuwiderhandlung (L. Seuffert[1]). Die Bestrafung kann aber nur nach vorheriger Androhung erfolgen. Die Wahl zwischen Geld- und Haftstrafe, sowie das Maß der angedrohten Strafe steht im Ermessen des Gerichts. Der Antrag des Prinzipals ist nicht für die Wahl maßgebend, da die Haft hier abweichend von Z. P. O. 888, eine Strafe ist und von Amtswegen vollzogen wird. Daher fällt auch die Geldstrafe an die Staatskasse, sie ist ebenso wie die Haftstrafe von Amtswegen beizutreiben bzw. zu vollstrecken. Eine nicht beizutreibende Geldstrafe kann nicht in Haft umgewandelt werden. Die Haft ist nicht Zwangshaft, sondern Strafe für den Ungehorsam gegen die gerichtliche Anordnung. Dies ergibt schon der Ausdruck „Strafe der Haft“ im Gegensatz zu „Haft“ in Z. P. O. § 888. Der Gehilfe kann auch zur Bestellung einer Sicherheit für den etwaigen

---

[1]) zu § 890.

durch spätere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden verurteilt werden.

Anders liegt die Sache, wenn der Gehilfe sich selbstständig gemacht hat. Alsdann kann von einer Unterlassung im Sinne von C. P. O. § 890 nicht mehr die Rede sein, denn der Prinzipal verlangt jetzt die Aufhebung des Konkurrenzgeschäfts, eine positive Handlung. Und zwar ist diese vom Prinzipal geforderte Einstellung des Konkurrenzbetriebes eine Handlung, die nur durch den Gehilfen selbst und nicht durch dritte Personen vorgenommen werden kann, eine Handlung, die ausschließlich vom Willen des Gehilfen abhängig ist. Auf diesen Fall kann nur der § 888 Z. P. O. Anwendung finden. Das Gericht bestraft auf Antrag des Prinzipals den Gehilfen mit einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder gestattet dem Prinzipal, den Gehilfen bis zur Vornahme der Handlung, aber nicht länger als 6 Monate, in Haft zu nehmen. Auch hier ist, wie im § 890 Z. P. O., die Geldstrafe von Amtswegen beizutreiben, sie fällt an die Staatskasse, ebenso kann eine nicht beizutreibende Geldstrafe nicht in Haftstrafe umgewandelt werden. Aber die Haft ist hier nicht Strafe, sondern ein Mittel, um den hartnäckigen Schuldner zu beugen. Der Gläubiger, und nicht das Gericht, muß die Vollziehung betreiben und die Kosten vorschießen gemäß § 911 Z. P. O. Diese Bestimmungen des § 888 Z. P. O. können in der Praxis einen Nachteil haben, der aber zum Glück für den Prinzipal nicht allzu häufig vorkommt. Gesetzt den Fall, ein Gehilfe hat ein Konkurrenzgeschäft eröffnet, es geht ihm sehr schlecht, er hat, da er von Hause aus vermögenslos ist, das zum Geschäftsbetrieb erforderliche Geld geliehen und ist, um Leben zu können, auf den täglichen Verdienst angewiesen. Nach seiner Verurteilung hat er, indem er sein Geschäft nicht aufgab, die Klausel wieder übertreten. Geldstrafen haben nichts genützt, weil bei ihm nichts zu haben war. Jetzt will der Prinzipal mittelst Haft gegen ihn vorgehen, um ihn zur Aufgabe seines Geschäftes zu zwingen. Aber er würde sehr

zu seinem Nachteil handeln, wenn er auf diese Weise zu seinem Recht zu kommen glaubte. Er muß ja nach Z. P. O. § 911 seinen früheren Gehilfen verpflegen etc. und diese Kosten aus seiner eigenen Kasse bestreiten, sodaß diese Bestimmungen, die eine Vergünstigung für den Prinzipal bilden sollen, geradezu das Gegenteil herbeiführen würden.

2. Neben dem Anspruch auf Unterlassung für die Zukunft hat der Prinzipal auch noch einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der dem Gehilfen durch die Konkurrenzklausel auferlegten Verpflichtungen für die Vergangenheit. Der zum Schadenersatz verpflichtete Gehilfe hat nach B. G. B. § 249 den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Gewöhnlich wird dies nicht möglich sein; alsdann wird nach B. G. B. § 251 eine Entschädigung in Geld durch den Gehilfen an den Prinzipal stattzufinden haben. Bei der Berechnung des Schadens wird in Betracht zu ziehen sein, wieviel Kunden, Geschäftsabschlüsse etc. dem Prinzipal entgangen und dem Handlungsgehilfen zugegangen sind infolge der ihm verbotenen Tätigkeit.

Staub[1]) hält auch vorbeugende Maßregeln in Gestalt einer einstweiligen Verfügung für zulässig. Das Oberlandesgericht Karlsruhe[2]) hat sich auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt, indem es ausführt, daß die Zuwiderhandlung gegen die Konkurrenzklausel zwar die Grundlage eines Schadens für den Prinzipal bilden könne, aber keinen wesentlichen Nachteil für ihn darstelle und deshalb keine Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gebe. Letztere Ansicht ist etwas eng, es können sehr wohl Fälle vorkommen, bei denen ein schleuniges Eingreifen des Richters geboten erscheint, um künftige Zwangsvollstreckungen aus Verurteilungen wegen Verletzung der Konkurrenzklausel zu sichern.

---

[1]) Anm. 7 zu § 75.
[2]) Urteil vom 13./8. 1901.

Hat der Gehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so gestaltet sich die Rechtslage wesentlich anders als im Fall der Nichtvereinbarung einer solchen. Nicht nur, wenn der Handlungsgehilfe durch sein Verhalten dem Prinzipal Anlaß zur Vertragsauflösung gegeben hat, sondern auch, wenn der Prinzipal aus einem andern, von ihm nicht verschuldeten Grunde das Verhältnis löste, besteht der Anspruch auf Strafe [1]). Ebenso kommt bei Übertretung des Konkurrenzverbots die Vertragsstrafe dann nicht in Fortfall, wenn zwar ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals vorliegt, der Gehilfe aber aus anderem Grunde ordnungsmäßig gekündigt hat [2]). Der Prinzipal kann nach Absatz II des § 75 H. G. B. nur die verwirkte Strafe verlangen, der Anspruch auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Diese Vorschriften stehen in einem beachtenswerten Gegensatz zu den über die Konventionalstrafe getroffenen Bestimmungen des B. G. B. Letzteres macht den Unterschied zwischen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung einer Verpflichtung. Für unsere Betrachtung wird wohl nur das erstere, die Nichterfüllung der durch die Klausel auferlegten Pflichten in Betracht kommen. Der Gläubiger hat nach B. G. B. § 340 die facultas alternativa, statt der Erfüllung die verwirkte Strafe zu verlangen. Der Schuldner ist also keineswegs befugt, sich von der Hauptleistung dadurch zu befreien, daß er dem Gläubiger Zahlung der Strafe anbietet, sondern der Gläubiger kann die Zahlung der Strafe zurückweisen und bei der Hauptleistung beharren. Hat sich der Gläubiger aber für die Strafe entschieden, so hat er damit den Hauptanspruch endgültig verloren. Entscheidet sich umgekehrt der Gläubiger für die Hauptleistung, so verliert er den Strafanspruch nicht, sondern kann die getroffene Entscheidung

---

[1]) O. L. G. Oldenburg 16./9. 1900.
[2]) O. L. G. Stuttgart 18./4. 1900.

ändern und schließlich doch die Strafe verlangen. Entscheidet er sich endlich garnicht, so kann der Schuldner ihm die Hauptleistung anbieten und ihn dadurch zu einer sofortigen Entscheidung nötigen [1]).

Ganz anders im Absatz II des § 75 H. G. B. Hier kann er nur die Strafe verlangen. Gegen Zahlung der Strafe kann sich der Gehilfe von der Konkurrenzbeschränkung befreien, die Strafe hat den Charakter einer Wandelpön. Damit entfällt auch die Bestimmung von Absatz II des § 340, nach welchem die verwirkte Strafe als Mindest-Betrag des Schadens verlangt werden kann, denn der Gläubiger hat keinen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Verletzung der Klausel erwachsenen Schadens.

Die Strafe ist verwirkt mit der Zuwiderhandlung, eine Mahnung seitens des Prinzipals etwa, die Konkurrenztätigkeit für die Zukunft einzustellen, ist nicht erforderlich, es genügt schon die Zuwiderhandlung, um dem Prinzipal seinen Anspruch auf die Vertragsstrafe zu sichern. (B. G. B. § 339 Satz 2). Die Strafe kann nur einmal gefordert werden, nicht für jeden Fall der Überschreitung der Konkurrenzklausel. Der Gehilfe könnte also nicht gezwungen werden, wenn er sich selbständig gemacht hätte, sein Geschäft aufzugeben, nachdem er die ausbedungene Konventionalstrafe bezahlt hätte.

Was die Höhe der Strafe angeht, so ist sie von der zwischen beiden Parteien getroffenen Vereinbarung abhängig. Der in der Reichstagskommission [2]) gestellte Antrag, die Hälfte des Jahresgehalts als das Maximum der Strafe festzusetzen, ist nicht Gesetz geworden. Immerhin ist auch hier Vorsorge getroffen worden, eine Benachteiligung des Gehilfen zu verhindern. Eine zu hoch gegriffene Strafe kann nämlich nach B. G. B. § 343 auf Antrag des Gehilfen durch richterliches Urteil auf den angemessenen Betrag herabge-

---

[1]) Cosack: Bürg. Recht S. 328 4b.

[2]) Hahn Mugdan S. 565.

setzt werden. Voraussetzung ist dabei, daß die Strafe noch nicht entrichtet ist. Das richterliche Ermäßigungsrecht gilt selbst dann, wenn der Schuldner bei Festsetzung der Strafe wußte, was er tat, und sich weder auf seine Unerfahrenheit noch auf seinen Leichtsinn noch auf seine Notlage berufen kann. Daneben sind aber auch die Wuchergesetze auf übermäßige Vertragsstrafen anwendbar; das ist, wie Cosack[1]) ausführt, namentlich um deswillen wichtig, weil eine Vertragsstrafe, wenn sie als wucherisch im Sinne von B. G. B. § 138 erscheint, nicht herabgesetzt wird, sondern in ihrem ganzen Umfang nichtig ist und, wenn der Schuldner sie bereits bezahlt hat, zurückgefordert werden kann. Auch hat beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 B. G. B. der Richter von Amts wegen die Nichtigkeit zu berücksichtigen, sodaß im Falle der Abwesenheit des beklagtischen Handlungsgehilfen eine Verurteilung nicht stattfinden darf (Hölder im Recht 1900 S. 64). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Strafe wird der Richter nicht nur die Interessen beider Parteien, sondern neben anderen Momenten auch deren wirtschaftliche Lage berücksichtigen müssen. Insbesondere darf die Strafe mit dem vom Gehilfen bezogenen Gehalt nicht in einem allzu starken Mißverhältnis stehen, sie darf auch nicht das Interesse des Prinzipals an der Konkurrenzklausel in übertriebenem Maße übersteigen. Die Niedrigkeit des Gehalts des Gehilfen im Verhältnis zur Höhe der Vertragsstrafe kann nur zu einer Ermäßigung der letzteren, nie aber zu ihrer vollen Ungültigkeitserklärung führen. Bedeutung hat die Strafe für den Prinzipal insofern, als sie gleichzeitig den Zweck hat, die Höhe seines Interesses festzusetzen und ihm zugleich den Nachweis seines Schadens zu erleichtern.

Die Strafe ist nur dann als zu Recht bestehend anzusehen, wenn auch die Konkurrenzenthaltung als die Hauptverpflichtung nicht der Nichtigkeit unterliegt. Dies folgt

---

[1]) Bürg. Recht S. 329 e.

aus der accessorischen Natur der Konventionalstrafe (B. G. B. § 344). Nach B. G. B. § 345 hat der Gehilfe, wenn er die Verwirkung der Strafe bestreitet, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. Da dieser Fall hier zutrifft, liegt die Beweislast bezüglich der Zuwiderhandlung des Gehilfen dem Prinzipal ob.

Bloße Vorbereitungen für die spätere Gründung eines eigenen Geschäfts oder für den Eintritt in ein Konkurrenzgeschäft können, wie Staub[1]) ausführt, noch nicht zur Verwirkung der Konventionalstrafe führen. So wird eine für die Eröffnung eines gleichartigen Geschäfts festgesetzte Vertragsstrafe nicht schon durch den Abschluß von Lieferungsverträgen verwirkt, die erst nach dem Ablaufe der im Konkurrenzverbot festgesetzten Zeit zur Ausführung kommen sollen[2]).

Verzugszinsen einer festgesetzten Vertragsstrafe kann, wie das Reichsgericht[3]) entschieden, der Prinzipal nur in Höhe von 4 %, nicht von 5 % verlangen.

Die Verjährung der aus der Verletzung der Klausel sich ergebenden Ansprüche beginnt mit der Zuwiderhandlung und unterliegt einer Frist von 30 Jahren (B. G. B. § 195).

Zum Schluß sei noch ein Blick auf die praktische Verwirklichung des Anspruchs auf die Vertragsstrafe geworfen. Ihre Bedeutung ist sehr gering. Es kommen fast nur Personen in Frage, die zum Leben auf das angewiesen sind, was sie verdienen. Baron (in der D. J. Z. 1897 S. 250) nennt die Handlungsgehilfen die „notorisch Vermögenslosen". Daß sie etwas ersparen, ist selten, womöglich müssen die Eltern oder sonstige Angehörige noch einen Zuschuß geben. Der Prinzipal, welcher von dem Gehilfen die verwirkte Strafe einfordern wollte, wird selten etwas bekommen.

---

[1]) Anm. 6 zu § 75.
[2]) Reichsgericht Urteil vom 10./5. 1902.
[3]) Urteil vom 1./7. 1902.

Die Vermögenslosigkeit des Gehilfen und die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 betreffend die Beseitigung des Arbeits- und Dienstzwanges, nach welchem eine Einziehung des Gehalts des Gehilfen nur in beschränktem Maße zulässig ist, bilden für die Geltendmachung seiner Ansprüche auf die Strafe ein starkes Hemmnis. Allerdings kann es die Berechtigung der Klausel durch Geld- oder Haftstrafe erwingen. In Ansehung der Geldstrafe muß es sich wieder nach den Vermögensverhältnissen des Gehilfen und dem Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 richten, bezüglich der Haftstrafe sei auf die bereits oben gepflogenen Erörterungen der §§ 888, 890 Z. P. O. verwiesen.

Wegen der so häufig vorkommenden Vermögenslosigkeit des Gehilfen ist auch die von Steiner[1]) vertretene Ansicht nicht ganz einwandfrei. Letzterer läßt den Prinzipal von einer Strafklausel absehen und gibt ihm das Recht, auf Erfüllung und auf Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens zu klagen. Sieht aber, so führt Steiner weiter aus, der Gehilfe sich der Gefahr ausgesetzt, demnächst die Konkurrenzangst einstellen zu müssen, so sei er meist sehr geneigt sich von dieser unbequemen Verpflichtung durch Zahlung zu befreien und werde so freiwillig dem Prinzipal vielleicht eine höhere Strafe anbieten, als sie auf Grund des Gesetzes vom Richter für zulässig befunden werden wäre. Gewiß! Aber, werden wir fragen müssen, wird der Gehilfe auch immer das nötige Geld dazu haben?

Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe wird also in der großen Mehrzahl der Fälle für den Prinzipal den von ihm gewünschten Erfolg nicht herbeiführen können.

Wenn die Konkurrenzklausel dem Gehilfen unbillig erscheint, so kann er zweierlei Wege einschlagen. Entweder klagt er auf Feststellung der nach § 74 H. G. B. zulässigen Grenzen, gibt also aktiv vor, oder er beachtet die Klausel

[1]) S. 31.

nicht und wartet die Klage des Prinzipals ab, um auf diese Art in dem etwa entstehenden Prozesse seine Einwendungen gegen die ihm widerfahrene Konkurrenzbeschränkung vorzubringen, verhält sich also passiv. Letzterer Weg wird wohl der häufigere sein, weil er für den Gehilfen der bequemste ist. Jedoch kann die von manchen Schriftstellern aufgestellte Behauptung, die Feststellungsklage werde von dem Gehilfen wegen seiner Vermögenslosigkeit selten oder fast gar nicht erhoben werden können, nicht als zutreffend erachtet werden. Wozu haben wir denn das Institut des Armenrechts? Ist der Gehilfe außerstande, ohne Beeinträchtigung des für ihn bezw. seine Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, so hat er gemäß Z. P. O. § 114 Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts. Voraussetzung ist dabei aber, daß die Feststellungsklage nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint.

d) Uebertragbarkeit der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel.

Was die Übertragbarkeit der Ansprüche aus der Konkurrenzklausel angeht, so ist zwischen dem Anspruch aus der Klausel als solchen und dem Anspruch aus einer Verletzung der Klausel zu unterscheiden. Der Anspruch aus der Klausel als einer solchen richtet sich auf die Verpflichtung, dem Prinzipal keine Konkurrenz zu machen. Die Ansprüche aus der Verletzung der Klausel sind solche

1. auf eine etwa verwirkte Vertragsstrafe,

2. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der dem Gehilfen durch die Klausel auferlegten Verpflichtungen,

3. auf Erfüllung der Klausel für die Zukunft.

Die Ansprüche zu 2 und 3 gelten nur, wenn eine Vertragsstrafe vereinbart ist.

Der Anspruch auf eine Konventionalstrafe ist zweifellos übertragbar, die Strafe stellt sich als eine Geldforderung des Prinzipals gegen seinen früheren Gehilfen dar. Wie jede

andere Geldforderung kann er auch diese an andere abtreten. Anders liegt es schon, wenn der Prinzipal sein Geschäft veräußert. Unter Geschäftsveräußerung versteht man die Veräußerung des Geschäfts als ganzen, des Inbegriffs von Vermögensgegenständen der verschiedensten Art, z. B. körperlicher Sachen, Forderungen, aber auch rein tatsächlicher Beziehungen, wie Bezugsquellen, Kundschaft etc., die sich an den Namen der Firma oder an die besondere Benennung des Unternehmens anknüpfen. Ist nun im Falle einer solchen Veräußerung der Anspruch auf die verwirkte Vertragsstrafe ein persönliches, dem Veräußerer verbleibendes Recht, oder gilt er als Teil des Geschäfts, als Geschäftsaktivum, der bei der Veräußerung des ganzen Geschäfts mit auf den Erwerber übergeht? Die Konkurrenzklausel wird geschlossen vom Prinzipal im Interesse des Geschäfts, damit diesem durch die Entfaltung der Konkurrenztätigkeit des Gehilfen kein Nachteil erwächst. Mit dem Verfall der Konventionalstrafe hört aber für den Gehilfen das Verbot jedweder dem Geschäft seines früheren Prinzipals nachteiligen Konkurrenztätigkeit auf, die Konventionalstrafe soll den Prinzipal dafür, daß der Gehilfe ihm jetzt durch seine Konkurrenztätigkeit Schaden zufügen kann, einigermaßen schadlos halten. Wenn nun der Prinzipal das Geschäft an einen anderen verkauft, so ist es recht und billig, daß dem Erwerber auch der Anspruch auf die Konventionalstrafe übertragen wird, denn jetzt wird nicht mehr dem Verkäufer Konkurrenz gemacht, sondern dem Erwerber als dem Inhaber des Geschäfts, und dieser muß schadlos gehalten werden.

Bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der durch die Klausel auferlegten Verpflichtungen gilt dasselbe wie bei der Konventionalstrafe. Der entstandene Schaden ist ein Geschäftsschaden, die Verletzung der Klausel benachteiligt den Fortgang des Geschäfts, und bei einer Veräußerung ist der neue Inhaber, der Erwerber, derjenige, welcher den Schaden zu tragen hat. Ihm kommt daher auch der gegen den Gehilfen gerichtete Anspruch zu.

Die Ansprüche aus der Klausel als einer solchen und auf Erfüllung der Klausel für die Zukunft sind allein für sich nicht übertragbar. Die Klauseln sind nur inbezug auf ein bestimmtes Geschäft abgeschlossen, für dieses bleiben sie bestehen. Allerdings — das muß zugegeben werden — ist es hier in jedem einzelnen Falle Tatfrage, ob der Übergang der erwähnten Ansprüche anzunehmen sei oder nicht. Vor allen Dingen ist zu untersuchen, worauf die Absicht des bisherigen Inhabers und des Gehilfen bei Stipulierung der Konkurrenzklausel ging, ob sich der Gehilfe nur dem damaligen Inhaber persönlich verpflichtet hat, oder aber in dem Sinne, daß dieser berechtigt geworden ist, seine Rechte aus dem Konkurrenzverbote mit dem Geschäfte auf Dritte zu übertragen. Wie bereits oben ersichtlich, bin ich geneigt, diese Frage im letzteren Sinne zu beantworten. Nach dem Gesetze gehen bei dem Verkauf eines Geschäfts, einer Firma alle Rechte mit über, die nicht ausgeschlossen werden oder wegen höchstpersönlichen Charakters nicht übergehen können. Warum nun das Recht einer Firma auf Unterlassung der Konkurrenz der Angestellten der Firma bei einem Wechsel ihres Inhabers nicht erhalten werden können, ist nicht einzusehen. Es handelt sich dabei doch lediglich um ein geschäftliches Interesse, welches in den Rechtskreis der Firma als solcher fällt und zu ihrem Schutze vertraglich geregelt wird; ihr Umsatz wird dadurch gesichert, ihre Konkurrenzfähigkeit gestärkt. Die Person des Inhabers mag für den Angestellten ein Motiv zum Abschluß des Dienstvertrages mit Konkurrenzklausel gewesen sein. Der Nachfolger in dem Geschäft aber hat ein wesentliches Interesse an der Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel. Durch die Geschäfte, die der frühere, der Konkurrenzklausel unterworfene Gehilfe mit dem alten Kundenkreise der Firma für seine Rechnung abschließt, wird dem Neuerwerber des Geschäfts direkt Abbruch getan. Es ist für letzteren von großer Bedeutung, ob ihm Konkurrenz früherer Angestellten des Geschäfts droht, oder nicht; der Erwerber legt Wert darauf,

daß so wichtige Rechte ihm zur Ausübung überlassen werden. Im praktischen Leben gehen denn auch in den meisten Fällen sämtliche Rechte aus der Konkurrenzklausel mit auf den Erwerber über.

Weiterhin ist aber auch schwerlich anzunehmen, daß ein Geschäftsinhaber sich damit begnügt, daß einer seiner Angestellten sich nur ihm allein, nicht der Firma als solcher gegenüber durch die Konkurrenzklausel beschränkt. Ein Reisender z. B. ist für das Geschäft von großer Bedeutung und der Wert des Geschäfts und damit die Möglichkeit der Veräußerung werden wesentlich erhöht, wenn dieser Angestellte der Firma als solcher gegenüber die Konkurrenz unterlassen muß, während der Wert des Geschäfts sinkt, wenn die Konkurrenz nur gegenüber dem einen Inhaber ausgeschlossen ist[1]). Das Reichsgericht (Bd. 37 Nr. 46) drückt sich dahin aus, daß dem Verkäufer durch den Verkauf die Verpflichtung auferlegt wird, alles zu vermeiden, wodurch in die Rechte des Käufers eingegriffen und es demselben unmöglich gemacht wird, die von ihm erworbenen Rechte auf das verkaufte Geschäft auszubeuten und zu verwirklichen.

Düringer Hachenburg[2]) gehen davon aus, daß der Anspruch auf Dienste, der nach B. G. B. § 613 im Zweifel nicht übertragbar ist, bei den besonderen Verhältnissen im Handelsgewerbe vielfach eine andere Auffassung rechtfertige. Bei größeren Geschäften namentlich trete die Persönlichkeit des Prinzipals dem Gehilfen gegenüber häufig zurück. Der Gehilfe leiste seine Dienste nicht dem Prinzipal persönlich, sondern dem Geschäft. In solchen Fällen sei daher auch die Übertragbarkeit der Ansprüche auf die Dienstleistung anzunehmen. Setze also der Gehilfe tatsächlich das Dienstverhältnis mit dem Geschäftserwerber fort, dann sei hier jedenfalls sein Einverständnis mit der Übertragung des Anspruchs aus dem Dienstvertrag gegen ihn

[1]) Juristische Wochenschrift 30. Jg. S. 726.
[2]) Anm. 13 zu § 70.

auf den Erwerber zu erblicken. Es werde also mit dem Geschäftserwerber kein neuer Dienstvertrag geschlossen, sondern der Erwerber trete in das bestehende Vertragsverhältnis ein, und bliebe für dieses der alte Dienstvertrag maßgebend. Nach diesem bestimme sich daher die Dauer des Dienstverhältnisses, etwaige Konkurrenzverbote blieben bestehen.

Was die Pfändbarkeit der erwähnten Ansprüche angeht, so unterliegt der Anspruch auf Konventionalstrafe und Schadenersatz wegen Nichterfüllung gemäß dem Grundsatze „was übertragbar ist, ist pfändbar" (B. G. B. § 1274 Abs. 2) der Pfändung bzw. der Verpfändung. Der Anspruch auf Erfüllung der Klausel für die Zukunft ist, wie oben gesagt, allein für sich nicht übertragbar, unterliegt daher auch nicht der Pfändung bzw. Verpfändung. Man könnte hier auf den Gedanken kommen, daß bei einem auf Unterlassung der Konkurrenztätigkeit lautenden Urteile, in welchem dem Gehilfen für jeden Fall einer weiteren Zuwiderhandlung eine Geld- oder Haftstrafe gemäß Z. P. O. §§ 888, 890 angedroht ist, der Anspruch auf diese Geldstrafe übertragbar und pfändbar sei. Dem ist nicht so, die Geldstrafe fällt, wie bereits früher dargetan, nicht an den Prinzipal, sondern an den Staat.

Ein Geschäft kann als solches nicht ge- bezw. verpfändet werden, sondern nur die einzelnen Gegenstände desselben, das Inventar und die ausstehenden Forderungen (Reichsgericht Bd. 68 Seite 49 ff). Wenn durch die Pfändung und die nachfolgende Versteigerung die beweglichen Sachen etc. in alle Winde verstreut sind, das Geschäft als solchss nicht mehr existiert, so ist auch jeder Anspruch aus der Klausel hinfällig geworden.

e) Ansprüche des Prinzipals gegen Dritte, welche den Gehilfen zur Uebertretung der Klausel veranlaßt haben.

Nicht allzu selten kommt es vor, daß Angestellte sich durch Versprechungen seitens der Inhaber von Konkurrenz-

geschäften verleiten lassen, ihrem Prinzipal grundlos zu kündigen und durch den Eintritt in das Konkurrenzgeschäft die ihnen durch die Konkurrenzklausel auferlegten Verpflichtungen zu verletzen. Es erhebt sich nun die Frage, wie diese Inhaber der Konkurrenzgeschäfte, welche an der Verletzung der Klausel indirekt Schuld tragen, zivilrechtlich neben dem Angestellten von dem früheren Prinzipal in Anspruch genommen werden können. Die Absicht des neuen Prinzipals geht meistenteils dahin, außer der Arbeitskraft des neuen Angestellten auch dessen in früheren Geschäften erworbenen Kenntnisse und Geschäftsgeheimnisse für sein eigenes Geschäft zu verwerten. Man kann an den § 17 des Unlauteren Wettbewerbsgesetzes vom 7. Juni 1909 denken, um dem früheren Prinzipal zu seinem Recht zu verhelfen. Aber dieser § 17 bietet keine ausreichende Handhabe, seine Begrenzung liegt darin, daß von ihm nur die unbefugte Mitteilung dienstlich anvertrauter oder sonst zugänglich gewordener Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse an andere sowie deren Verwertung *während* der Dauer des Dienstverhältnisses betroffen wird, sofern sie zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, den Geschäftsinhaber zu schädigen, geschieht. Für die Zeit *nach* der Beendigung des Dienstverhältnisses greift § 17 nur Platz, wenn die Kenntnis der Geschäftsgeheimnisse durch eine gegen Gesetz und die guten Sitten verstoßende eigene Handlung verlangt ist. Von einer eigenen Handlung des neuen Prinzipals kann wohl keine Rede sein, denn die Kenntnis der Geschäftsgeheimnisse erlangt er erst durch Vermittlung des Angestellten. Alleinigen Schutz gewährt nur der § 826 B. G. B. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist diesem zum Ersatze verpflichtet. Es muß sich um die *Beschädigung* eines anderen handeln, es genügt, wenn schon Beeinträchtigung einer Erwerbsaussicht die Anwendung des § 826 rechtfertigt[1]), damit die Möglichkeit einer Schädigung des

[1]) Reichsgericht Band 48 S. 124.

ganzen Geschäfts, um auf Grund des § 826 einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Vorsätzlich muß die Zufügung des Schadens gewesen sein, der Schaden muß vorausgesehen sein, nicht sein Umfang, nicht entfernte Folgen. Gegen die guten Sitten muß die Schadenszufügung verstoßen. Zweifellos wird der Richter eine derartige Handlungsweise des neuen Prinzipals als unsittliche ansehen. Der Anspruch auf Schadensersatz steht den früherem Prinzipal zu als demjenigen, dessen Schädigung der Handelnde, das ist der neue Prinzipal, wollte oder doch voraussehen konnte.

IV. Die für Streitigkeiten aus der Konkurrenzklausel zuständigen Gerichte [1]).

Durch das Gesetz vom 6. Juli 1904 (in Kraft seit dem 1. Januar 1905) sind die sogen. Kaufmannsgerichte geschaffen worden. Diese sind nach dem § 5 Ziff. 6 des Gesetzes ausdrücklich für zuständig erklärt worden zur Entscheidung über Ansprüche aus einer Vereinbarung, durch die der Handlungsgehilfe für die Zeit nach der Beendigung des Dienst- oder Lehrverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird. Vor 1905 waren nur die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über diese Frage berufen, in erster Linie also das Amtsgericht bzw., wenn der Streitgegenstand mehr als 300 Mk. betrug, die Kammer für Handelssachen. Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte ist eine ausschließliche, Vereinbarungen, durch welche künftige Streitigkeiten der zuständigen Entscheidung der Kaufmannsgerichte entzogen werden sollen, sind nach § 6 des Gesetzes nichtig. Wohl aber kann in jedem einzelnen Falle nach Ausbruch einer Streitigkeit diese durch Verabredung zwischen den Parteien der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts entzogen und der Entscheidung eines privaten Schiedsgerichts unterbreitet werden. Auf das schiedsrichterliche Verfahren finden

[1]) unter Benutzung der Abhandlungen von Schön und Graef.

die im 10. Buch der Z. P. O. aufgestellten Bestimmungen Anwendung.

Hat ein ordentliches Gericht seine sachliche Unzuständigkeit in einem bei ihm anhängig gemachten Streitfall rechtskräftig ausgesprochen, weil die Sache vor das Kaufmannsgericht gehört, so ist diese Entscheidung für das Kaufmannsgericht bindend. Ebenso umgekehrt.

Die Kaufmannsgerichte sind, wenn wir von dem bereits oben zitierten § 5 Ziff. 6 absehen, ganz allgemein zuständig für Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zwischen Kaufleuten einerseits und ihren Handlungsgehilfen und Lehrlingen andererseits und zwar ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes. Notwendig ist also, daß sich beide Parteien als Kaufmann und Gehilfe bzw. Lehrling gegenüberstehen. Dagegen gehören Streitigkeiten zwischen Handlungsangestellten desselben Prinzipals unter sich vor die ordentlichen Gerichte, ebenso Streitigkeiten aus einer Klausel, die nach der Beendigung des Dienstverhältnisses abgeschlossen ist. Von den Handlungsgehilfen fallen jedoch nicht unter das Kaufmannsgerichtsgesetz:

1. Diejenigen, deren Jahresarbeitsverdienst an Lohn und Gehalt zur Zeit der Klageerhebung den Betrag von 5000 Mark übersteigt. Wenn das Dienstverhältnis, aus dem die Klage entstanden ist, zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr besteht, so ist hinsichtlich der Gehaltshöhe der Zeitpunkt der Beendigung jenes Dienstverhältnisses maßgebend. In dem Jahresarbeitsverdienst sind Tantiemen mit einbegriffen, andere unsichere Beträge, wie Provisionen und Reisespesen nur insoweit, als sie ein über die Erstattung von Kosten und Auslagen hinausgehendes eigentliches Arbeitsentgelt bilden [1]).

2. Die in Apotheken beschäftigten Gehilfen und Lehrlinge (§ 4 des Gesetzes).

Für diese zu 1 und 2 genannten Personen bleibt der bisherige Rechtsweg maßgebend.

[1]) Graef S. 14.

Neben der streitigen Gerichtsbarkeit erstreckt sich die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte auch auf eine vermittelnde und auf eine begutachtende amtliche Betätigung; ferner ist aber auch das Kaufmannsgericht berechtigt, in den das kaufmännische Dienst- und Lehrverhältnis betreffenden Fragen Anträge an Reichs- und Staatsbehörden sowie an Gemeindevertretungen von sich aus zu stellen.

Die Errichtung der Kaufmannsgerichte erfolgt bei vorhandenem Bedürfnis nach erfolgtem zustimmenden Bescheid der zuständigen höheren Verwaltungsbehörde für den Bezirk einer Gemeinde durch Ortsstatut; für mehrere Gemeinden, auch für einen weiteren Kommunalverband kann durch besonderes Statut ein gemeinsames Kaufmannsgericht errichtet werden (§ 1 des Gesetzes). Vor der Errichtung sind sowohl Kaufleute wie Handlungsgehilfen des Bezirks in entsprechender Anzahl zu hören. Die Errichtung ist teils obligatorisch, teils fakultativ.

a) Für Gemeinden, die nach der jeweilig letzten Volkszählung mehr als 20 000 Einwohner haben, m u ß ein Kaufmannsgericht errichtet werden, ohne daß es eines Antrags beteiligter Kaufleute oder Handlungsgehilfen bedarf. Sinkt die Einwohnerzahl der Gemeinde wieder unter 20 000 Einwohner herab, so muß das Gericht trotzdem bestehen bleiben.

b) Fakultativ ist die Errichtung für eine oder mehrere Gemeinden von 20 000 Einwohnern und weniger oder für weitere Kommunalverbände.

Das Kaufmannsgericht setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden und mindestens einem Stellvertreter desselben, welch beide die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst besitzen müssen und weder Kaufleute noch Handlungsgehilfen sein dürfen. Bei Kaufmannsgerichten, die aus mehreren Abteilungen (Kammern) bestehen, können mehrere Vorsitzende bestellt werden. Neben dem Vorsitzenden fungiert eine Anzahl Beisitzer, mindestens vier an der Zahl, die zur Hälfte aus selbständigen Kaufleuten bestehen, die mindestens einen Handlungsgehilfen oder Handlungs-

lehrling regelmäßig das Jahr hindurch oder zu gewissen Zeiten des Jahres beschäftigen, zur Hälfte aus den Handlungsgehilfen, deren Jahresarbeitsverdienst die Summe von 5000 Mark nicht übersteigt.

Erwähnt sei noch der Grundsatz der Angliederung der Kaufmannsgerichte an die Gewerbegerichte. So sind, wenn am Sitze des Kaufmannsgerichts ein Gewerbegericht besteht, in der Regel dessen Vorsitzender und stellvertretender Vorsitzender zugleich zum Vorsitzenden etc. des Kaufmannsgerichts zu bestellen, sofern sie die für letzteres geforderte Befähigung besitzen. Auch sind gemeinsame Einrichtungen für die Gerichtsschreiberei, den Bürodienst, die Sitzungs- und Büroräumlichkeiten und dergleichen zu treffen (§ 9 Abs. III des Gesetzes).

Das Kaufmannsgericht ist nach § 5 Ziff. 6 des Gesetzes zuständig für Ansprüche aus der Konkurrenzklausel schlechthin, also sowohl für die Klage auf Zahlung einer etwaig vereinbarten Vertragsstrafe, auf Herabsetzung einer solchen, wenn sie übermäßig hoch ist, als auch für Klagen auf Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn keine Strafe versprochen ist etc. etc.

Wird das Urteil des Kaufmannsgerichts mit der Berufung angefochten, was nur zulässig ist, wenn der Wert des Streitgegenstandes die Summe von 600 Mark übersteigt, so ist das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk das Kaufmannsgericht seinen Sitz hat. Damit werden also Urteile des Kaufmannsgerichts über einen Streitwert von weniger als 600 Mark sofort mit der Verkündung rechtskräftig.

So groß die Vorteile der Kaufmannsgerichte sind — es sei erwähnt die Billigkeit und das beschleunigte Verfahren, die Rechtssprechung durch Standesgenossen —, so zahlreich sind auch die Nachteile. Besondere Beachtung verdient hier die Buntscheckigkeit der Rechtssprechung durch die Kaufmannsgerichte in den verschiedenen Teilen Deutschlands. Vor 1905 war das Reichsgericht der maßgebende Faktor, er steuerte bzw. schwächte ab eine zu verschieden-

artige Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel.

Ein näheres Eingehen auf das Gesetz betr. die Kaufmannsgerichte geht über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus.

V. Unterschiede zwischen H. G. B. §§ 74/5 und Gew.-O. § 133 f.

Was die Unterschiede zwischen der Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen und derjenigen der Gewerbegehilfen anbelangt, so gilt unter Bezugnahme auf die von Potthoff[1]) gemachten Ausführungen folgendes:

1. In H. G. B. § 74 ist zeitlich für die Geltung der Klausel eine Höchstgrenze von 3 Jahren festgesetzt; diese Bestimmung fehlt in der Gew.-O. § 133 f. Die Zeitgrenze liegt also im Belieben der Vertragsparteien, kann aber, wenn sie eine unbillige Fortkommenserschwerung enthält, vom Richter auf ein angemessenes Maß herabgesetzt werden. Begründet wird diese nicht zeitliche Begrenzung der vertragsmäßigen Beschränkung damit, daß es sich bei den in Gew.-O. § 133 a bezeichneten Personen hauptsächlich um den Verrat von Industrie- und Fabrikgeheimnissen handele im Gegensatze zum Handelsgewerbe, wo zumeist die Gründung eines Konkurrenzgeschäfts verhindert werden solle.

2. Es fehlt in der Gew.-O. eine dem § 75 H. G. B. entsprechende Bestimmung. Gibt also der Gewerbeunternehmer durch vertragswidriges Verhalten seinem Angestellten Grund zum Austritt, oder kündigt er ohne erheblichen Anlaß, so wird die Klausel unwirksam. Des Vorzugs einer Gehaltsfortzahlung seitens des Gewerbeunternehmers im Falle einer solchen Auflösung des Dienstverhältnisses wird der Angestellte nicht teilhaftig.

3. Ebenso fehlt in der Gew.-O. eine dem H. G. B. § 75 ähnliche Regelung für den Fall des Versprechens einer

[1]) Gesetz und Recht 6. Heft 1907 S. 131 ff.

Konventionalstrafe. Sind durch den § 75 H. G. B., wonach der Gehilfe nur die verwirkte Strafe zu zahlen hat, die Bestimmungen von § 340 B. G. B. ausgeschaltet, so erlangen sie in der Gew.-O. wieder unumschränkte Geltung. Der Gewerbeunternehmer hat also das Wahlrecht, statt der Strafe die Erfüllung der dem Angestellten durch die Klausel auferlegten Verpflichtungen zu verlangen. Ferner hat der Gläubiger, wenn ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht, das Recht, die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens einzufordern. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen. Die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe auf den angemessenen Betrag ist jedoch nach B. G. B. § 343 zulässig.

4. Ein weiterer Unterschied zeigt sich in der prozessualen Behandlung der Konkurrenzklausel der beiden Kategorieen von Angestellten. Die Handlungsgehilfen können ihr Recht suchen bei den Kaufmannsgerichten, Gerichten, gebildet aus Standesgenossen, die Gewerbegehilfen dagegen sind auf die ordentlichen Gerichte verwiesen. So bestimmt § 4 Abs. II des Gewerbegerichtsgesetzes vom 29. September 1901, daß Streitigkeiten über eine Konventionalstrafe, die für den Fall bedungen ist, daß der Arbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein solches bei anderen Arbeitgebern eingeht oder ein eigenes Geschäft errichtet, nicht zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte gehören. Begründet wird dies von dem Kommissar des Bundesrats nach dem Stenographischen Bericht[1]) damit, daß es sich bei solchen Streitigkeiten um die Anwendung von Rechtsgrundsätzen handele, die zum Teil recht schwieriger Natur seien und einer einheitlichen Anwendung bedürften auf allen Gebieten, nicht bloß auf denen des industriellen oder gewerblichen Lebens im engeren Sinne. Außerdem handele es sich dabei in der Regel um recht hohe Streitobjekte, bei denen sehr

[1]) von 1890 S. 343.

oft das ganze weitere Schicksal einer der beiden Parteien in Frage stehe, weil der Ausgang des Prozesses namentlich für die Arbeiter von der entschiedensten Bedeutung sei. Deshalb sei es nicht zweckmäßig, den Parteien die Wohltat mehrerer Instanzen zu beschränken.

Ebensowenig gehören Klagen aus einem vertragswidrigen Konkurrenzverbot auf Entschädigung und Einstellung des vertragswidrig begründeten Geschäfts vor die Gewerbegerichte.

VI. Die gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel in den außerdeutschen Ländern [1]).

Von den anderen europäischen Ländern außer Deutschland, welche die Konkurrenzklausel einer gesetzlichen Regelung unterzogen haben, verdient besondere Beachtung Österreich, welches uns schon in manchen handelsrechtlichen Fragen zum Vorbilde gedient hat. Die einschlägigen Bestimmungen waren in den Artt. 65 c—f und dem § 2 des neuen österreichischen Entwurfs „betr. ein Gesetz über den Dienstvertrag des Handlungsgehilfen vom Jahre 1901 etc." niedergelegt. Bevor wir hierauf näher eingehen, sei vorausgeschickt, daß mit dem Gesetz vom 16. Januar 1910 „über den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen und anderer Dienstnehmer in ähnlicher Stellung" (genannt das neue österreichische Handlungsgehilfengesetz) in den §§ 36/37 eine Neuregelung stattgefunden hat. Die älteren Bestimmungen sind folgende:

Art. 65 c: Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch die dieser für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbsfähigkeit beschränkt wird, darf sich nur auf die Tätigkeit in demselben Geschäftszweige beziehen und nicht für länger als für einen Zeitraum von 2 Jahren getroffen werden.

---

[1]) Verwiesen sei auf die Schriften von Guggisberg und von v. Randa.

Art. 65 d: Eine Vereinbarung der in Art. 65 c bezeichneten Art ist nichtig:

1. wenn das Jahresgehalt des Handlungsgehilfen zur Zeit des Abschlusses 3000 Kr. nicht übersteigt.
2. wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses die Eigenberechtigung noch nicht erlangt hat.

Art. 65 e: Eine Vereinbarung der in Art. 65 c bezeichneten Art ist unwirksam, insoweit die Beschränkung nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der Prinzipal an ihrer Einhaltung hat, als unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen sich darstellt.

Art. 65 f: Trifft den Prinzipal ein Verschulden daran, daß der Handlungsgehilfe aus einem wichtigen Grunde (Art. 62, 63) vorzeitig austritt, oder aus einem erheblichen Anlasse kündigt, so kann er aus einer Vereinbarung der in Art. 65 c bezeiehneten Art Ansprüche nicht geltend machen.

Das gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis löst, es sei denn, daß hierzu ein erheblicher Anlaß vorliegt, den der Handlungsgehilfe nicht verschuldet hat, oder, daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen die zuletzt zukommenden Bezüge fortgeleistet werden.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen, der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.

Die Konventionalstrafe kann von dem Richter allenfalls nach Einvernehmung von Sachverständigen gemäßigt werden. Eine Mäßigung der Konventionalstrafe kann insbesondere stattfinden, wenn deren Höhe im Verhältnis zum Schaden des Prinzipals und zur Erschwerung des Handlungsgehilfen unbillig erscheint.

Vereinbarungen, die diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

§ 2: Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten auch für Personen,

1. die zur Leistung kaufmännischer Dienste in gewerblichen Unternehmungen angestellt sind, wenn der Unternehmer nicht Kaufmann im Sinne des H. G. B. ist,
2. die in gewerblichen Unternehmungen zur Leistung höherer, jedoch nicht kaufmännischer Dienste angestellt sind,
3. die zur Leistung eben solcher höherer, jedoch nicht kaufmännischer Dienste bei Kaufleuten, die kein gewerbliches Unternehmen betreiben, in deren Handelsbetriebe angestellt sind, mit Ausnahme der Bediensteten auf Seeschiffen.

Das Dienstverhältnis der als Beamte des Hofes, des Staates, eines Landes, eines Bezirks oder einer Gemeinde angestellten Personen wird durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt.

In neuer Fassung sind diese Bestimmungen durch die §§ 36, 37 des Gesetzes vom 16. Januar 1910 — in Kraft seit dem 1. Juli 1910 — festgelegt worden. Der Wortlaut der §§ 36, 37 ist folgender:

§ 36: Eine Vereinbarung, durch die der Dienstnehmer für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird (Konkurrenzklausel), ist unwirksam, wenn der Dienstnehmer zur Zeit der Vereinbarung minderjährig ist, oder das Entgelt zur Zeit der Beendigung des Dienstverhältnisses den Betrag von 4000 Kr. jährlich nicht übersteigt.

Bei höherem Entgelt ist eine solche Vereinbarung nur insoweit wirksam, als

1. sich die Beschränkung auf die Tätigkeit in dem Geschäftszweige des Dienstgebers bezieht und den Zeitraum eines Jahres nicht übersteigt und
2. die Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnisse zu dem geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung hat,

eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Dienstnehmers enthält.

§ 37: Hat der Dienstgeber durch schuldbares Verhalten dem Dienstnehmer gegründeten Anlaß zum vorzeitigen Austritt oder zur Kündigung des Dienstverhältnisses gegeben, so kann er die durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte gegen den Dienstnehmer nicht geltend machen.

Das gleiche gilt, wenn der Dienstgeber das Dienstverhältnis löst, es sei denn, daß der Dienstnehmer durch schuldhaftes Verhalten hierzu gegründeten Anlaß gegeben oder, daß der Dienstgeber bei der Auflösung des Dienstverhältnisses erklärt hat, während der Dauer der Beschränkung dem Dienstnehmer das ihm zuletzt zukommende Entgelt zu leisten.

Hat der Dienstnehmer für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel eine Konventionalstrafe versprochen, so kann der Dienstgeber nur die verwirkte Konventionalstrafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.

Nach dem § 38 unterliegen Konventionalstrafen dem richterlichen Ermäßigungsrecht.

Durch dieses Gesetz vom 16. Januar 1910 sind die ursprünglichen Vorschriften des VI. Titels des österreichischen H. G. B. „von den Handlungsgehilfen" aufgehoben worden und an die Stelle derselben ist das zitierte Gesetz selbst getreten. Das Gesetz handelt nicht bloß von dem Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen, sondern bezieht sich, wie schon der Titel zeigt, auch auf eine Reihe von taxativ angeführten Gruppen von Dienstnehmern in ähnlichen Berufszweigen, die sozialwirtschaftlich in ähnlichen Verhältnissen sich befinden, wie die Handlungsgehilfen, und daher desselben besonderen Rechtsschutzes bedürfen, wie die letzteren Unterschieden wird nämlich zwischen:

a) den im Geschäftsbetriebe eines Kaufmannes vorwiegend zu kaufmännischen Arbeiten verwendeten Personen (Handlungsgehilfen) und

b) den im Geschäftsbetriebe eines Kaufmanns zu höheren, aber nicht kaufmännischen Arbeiten bestellten Personen.

In Frankreich sind positive Gesetzesbestimmungen über die Konkurrenzklausel nicht vorhanden. Maßgebend ist hier die französische Praxis, welche an der Hand der allgemeinen Vorschriften über unsittliche Rechtsgeschäfte sich mit der Frage befaßt.

Was die Schweiz angeht, so hat diese in dem Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (V. Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 in den §§ 356—361 (10. Titel) folgende Regelung getroffen:

§ 356: Bei einem Dienstverhältnis, das dem Dienstpflichtigen einen Einblick in Kundenkreise oder Geschäftsgeheimnisse gewährt, kann in den Vertrag die Bestimmung aufgenommen werden, daß der Dienstpflichtige nach der Beendigung des Verhältnisses weder auf eigenen Namen ein mit dem des Dienstherrn konkurrierendes Geschäft betreiben oder in einem solchen sich betätigen, noch als Anteilhaber oder auf andere Weise sich beteiligen dürfe.

Das Konkurrenzverbot ist nur da zulässig, wo der Dienstpflichtige durch die Verwendung jenes Einblickes den Dienstherrn erheblich schädigen könnte.

Es ist nichtig, wenn der Dienstpflichtige zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung unmündig war.

§ 357: Das Konkurrenzverbot ist nur im Umfang einer nach Zeit, Ort und Gegenstand angemessenen Begrenzung verbindlich, durch die eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstpflichtigen ausgeschlossen wird.

§ 358: Das Konkurrenzverbot bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Vereinbarung.

§ 359: Der Dienstpflichtige, der ein Konkurrenzverbot übertritt, ist seinem ehemaligen Dienstherrn zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der diesem aus der Übertretung entsteht.

Ist eine Konventionalstrafe auf die Übertretung des Verbots gesetzt, so kann sich der Dienstpflichtige in der Regel durch deren Entrichtung von dem Verbote befreien, bleibt indessen für allfälligen weiteren Schaden ersatzpflichtig.

Ausnahmsweise kann bei besonderer schriftlicher Abrede der Dienstherr neben der Bezahlung der Konventionalstrafe und dem Ersatze allfälligen weiteren Schadens die Aufhebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, wenn die Bedeutung der durch die Übertretung des Konkurrenzverbots verletzten oder bedrohten Interessen des Dienstherrn und das Verhalten des Dienstpflichtigen dies rechtfertigen.

§ 360: Das Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn der Dienstherr nachweisbar kein erhebliches Interesse an dessen Aufrechterhaltung besitzt.

Wenn der Dienstherr das Verhältnis zum Dienstpflichtigen ohne wichtigen, vom Dienstpflichtigen zu verantwortenden Grund aufgehoben, oder durch sein eigenes Verschulden dem Dienstpflichtigen einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Vertrages gegeben hat, so kann er wegen Übertretung des Verbots nicht klagen.

§ 361: Die Vorschriften des 10. Titels finden, wo die Voraussetzungen des Dienstvertrages vorliegen, auch Anwendung auf Verhältnisse, in denen gegen Honorar Arbeiten zu leisten sind, die besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen.

VII. Die in jüngster Zeit auf Aufhebung bzw. Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel gerichteten Bestrebungen.

In jüngster Zeit hat es nicht an Stimmen gefehlt, welche mit der augenblicklich bestehenden gesetzlichen Regelung der Konkurrenzklausel der Handlungs- und Gewerbegehilfen nicht einverstanden waren. Einige gingen so weit, die gänzliche Aufhebung jedweder Klausel überhaupt zu fordern,

dagegen beschränkte sich die Mehrheit nur auf das Verlangen einer Abänderung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen. So wurde, um den Gebrauch der Klauseln einzuschränken, von verschiedenen Seiten der Vorschlag gemacht, die Konkurrenzklausel bei Handlungsgehilfen nur für wirksam zu erklären, wenn der Gehilfe bei Beendigung des Dienstverhältnisses ein gewisses Mindesteinkommen (etwa 3000 Mk.) beziehe.

Andererseits hatte, wie im Ministerialblatt[1]) ausgeführt wird, in der Session von 1907/1909 die Gewerbeordnungskommission des Reichstags in I. Lesung — zu einer weiteren Beratung in der Kommission und zu einer Verhandlung im Plenum ist es infolge des Schlusses der Session nicht gekommen — hinsichtlich der technischen Angestellten (Gew.-O. § 133a) beschlossen, daß für sie die Konkurrenzklausel nur zulässig sein sollte, wenn das Gehalt jährlich 1500 Mark übersteige und wenn außerdem die Konkurrenzklausel bezwecke und geeignet sei, den Gewerbeunternehmer vor solchen Schäden zu bewahren, welche durch die Bekanntgabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen entstehen könnten. Zugleich hatte die bezeichnete Kommission beschlossen, diese Grundsätze auf alle gewerblichen Arbeiter i. S. der Gew.-O. auszudehnen.

Die beiden vorerwähnten Vorschläge stießen jedoch auf Widerspruch. Es erhob sich nun die Frage, wie ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Prinzipals bzw. Gewerbeunternehmers und denjenigen des Angestellten zu erreichen sei. Man kam zu der Ansicht, dem Angestellten für den Fall, daß er sich der Konkurrenzklausel unterwerfe, eine angemessene Entschädigung zukommen lassen zu müssen. Diese Entschädigung solle aber nicht den vollen Betrag des bisher bezogenen Gehalts umfassen, sondern nur einen Teil desselben. Würde in dieser Weise dem Prinzipal bzw. Gewerbeunternehmer eine Entschädi-

[1]) S. 258.

gungspflicht über die Dauer des Dienstvertrags hinaus auferlegt werden, so würde es der Billigkeit entsprechen, daß auch die ihm nach den geltenden Vorschriften zustehenden Rechte aus der Konkurrenzklausel in einzelnen Punkten erweitert würden. Auf Grund dieser Erwägungen hat der Handelsminister durch den Erlaß vom 16. Juni 1910 [1]) an die einzelnen Handelsvertretungen eine Anfrage bezüglich ihrer Stellungnahme zu einer etwaigen Abänderung der Konkurrenzklausel gerichtet und eine Äußerung über die in der Rundfrage unter Ziffer 1 bis 11 gemachten Vorschläge gebeten. Diese unter Ziffer 1 bis 11 angeführten Grundsätze sollen an die Stelle der bisher geltenden vertraglichen Konkurrenzbeschränkungen der kaufmännischen und gewerblichen Angestellten treten. Eine völlige Gleichstellung der beiden Kategorieen von Angestellten wird durch diese Vorschläge nicht herbeigeführt. Von den Vorschlägen seien an der Hand des Ministerialblattes [2]) die bemerkenswertesten wiedergegeben:

Ziff. 1. Aufrechterhalten bleiben die Vorschriften des § 74 Abs. I H. G. B. und § 133 f Abs. I Gew.-O; ebenso bleiben bestehen die Vorschriften des Abs. III des § 74 H. G. B. und des Abs. II des § 133 f Gew.-O. Nichtig soll ferner auch jedes Konkurrenzverbot für Lehrlinge sein.

Ziff. 2. Im übrigen ist das Konkurrenzverbot nur wirksam, wenn dem Angestellten für die Dauer seiner vertragsmäßigen wirtschaftlichen Beschränkung nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine besondere Entschädigung zugestanden wird. (Es folgt eine zahlenmäßige Abgrenzung der für jedes der 3 Jahre zu zahlenden Entschädigung.) Für den Handlungsgehilfen bleibt die zeitlich abgegrenzte Frist von 3 Jahren bestehen, für die technischen Angesellten greift diese Bestimmung nicht Platz. Außerdem soll bei Beur-

---

[1]) vergl. die Besprechung desselben durch Oertmann in der Deutschen Wirtschaftszeitung 6. Jg. 1910. Nr. 18.

[2]) S. 259 ff.

teilung der Frage, ob eine Konkurrenzklausel hinsichtlich Zeit, Ort und Gegenstand der Billigkeit entspricht, die für die Dauer der Beschränkung zu gewährende Entschädigung mit berücksichtigt werden.

Ziff. 4. Für den Fall, daß die Entschädigung nach Ziffer 2 in voller Höhe der bisherigen vertragsmäßigen Leistungen zu zahlen ist, muß sich der Angestellte das anrechnen lassen, was er während des Zeitraums der Zahlung dieser Rate durch seine gewerbliche Tätigkeit anderweit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Ziff. 5. Unter den Begriff der zuletzt gewährten vertragsmäßigen Leistungen fällt sowohl das zuletzt bezogene feste Gehalt wie auch der Wert der zuletzt gewährten Naturalleistungen (wie Wohnung, Kost etc.). Ihrer Natur nach schwankende Beträge (wie Provision etc.) sind nach dem Durchschnitt der letzten 3 Jahre vor Beendigung des Dienstverhältnisses und, wenn die für die Bezüge maßgebende Vereinbarung noch nicht 3 Jahre bestanden oder in den letzten 3 Jahren Veränderungen erfahren hat, nach dem Durchschnitt der zuletzt maßgebenden Vereinbarung zu berechnen. Soweit Bezüge (wie Reisespesen, Fahrgelder etc.) den Ersatz barer Auslagen darstellen, bleiben sie unberücksichtigt.

Ziff. 6. Der Prinzipal (Unternehmer) kann bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses jederzeit durch Erklärung, die dem Angestellten gegenüber abzugeben ist, auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots verzichten und sich hierdurch von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung für die Karenzzeit befreien. Jedoch hat er sich nach erfolgter Kündigung oder falls eine solche nicht vorgesehen ist, innerhalb der letzten 6 Monate vor Beendigung des Dienstverhältnisses auf Aufforderung des Angestellten binnen einer Woche darüber zu erklären, ob er von seinem Verzichtrechte Gebrauch machen wolle. Kommt er dieser Aufforderung binnen der Woche nicht nach, oder erklärt er, daß er die

Einhaltung des Konkurrenzverbots verlange, so verliert er das Recht zum Verzicht.

Auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses und zwar binnen einer Woche nach der Beendigung kann der Prinzipal (Unternehmer) auf die Einhaltung der Konkurrenzklausel verzichten und sich hierdurch von der Entschädigungspflicht befreien, wenn das Dienstverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgelöst wird.

Ziff. 7. Abs. I Satz 1 des § 75 H. G. B. bleibt bestehen und wird auf die gewerblichen Unternehmer ausgedehnt. Dasselbe gilt von der Vorschrift des Abs. I Satz 2 des § 75 H. G. B.

Ziff. 8. Gibt der Angestellte durch vertragswidriges Verhalten dem Prinzipal (Unternehmer) Grund, das Dienstverhältnis gemäß H. G. B. §§ 70, 72 bzw. Gew.-O. § 133 c aufzulösen, so hat er keinen Anspruch auf Entschädigung.

Ziff. 9. Der Prinzipal (Unternehmer) ist — im Gegensatz zu Abs. II des § 75 H. G. B. — berechtigt, an Stelle der verwirkten Vertragsstrafe die Erfüllung des Konkurrenzverbots oder neben der Vertragsstrafe den Ersatz des sie übersteigenden Schadens zu verlangen. Die Vorschrift des § 343 B. G. B. über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleibt unberührt.

Neben diesen ziffermäßig abgeteilten Vorschlägen ist angeregt worden, für den Abschluß der Konkurrenzklausel eine bestimmte Form (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) vorzuschreiben, um den übermäßigen Gebrauch der Klauseln einzuschränken.

Ferner wird um Äußerung darüber ersucht, wie es mit einer ehrenwörtlichen Versicherung des Angestellten, sich der Klausel zu unterwerfen, zu halten ist. Das Reichsgericht[1]) erklärt derartige Versicherungen für nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen. Ein ideales Gut, wie die Ehre, könne nicht ohne weiteres in vermögensrechtlicher Beziehung zugunsten eines anderen verwendet werden.

[1]) Urteil vom 8./11. 1910 in der D. J. Z. 16. Jg. 1911 Nr. 9 S. 649.

Unter den vielen Vorschlägen, die auf diese Rundfrage des Handelsministers gemacht sind, hat der Plan des Verbandes deutscher Seidenwebereien, die grundsätzlich gegen die Konkurrenzklausel sind, einige Beachtung gefunden. Der Verband will den Schutz der Geschäftsgeheimnisse nach Beendigung des Dienstverhältnisses statt durch Konkurrenzklauseln durch eine Art Diensteid der kaufmännischen und technischen Angestellten erreichen, welche diese zu Vertrauensleuten der Firma machen und einen Verrat von Geschäftsgeheimnissen und Geschäftsinteressen auch nach dem Austritt unter Strafe stellen soll. Dieser Vorschlag ist aber auf entschiedenen Widerspruch gestoßen. Aus führender Privatbeamtenkreisen, die ebenfalls mit der bestehenden gesetzlichen Regelung der Konkurrenzklausel nicht einverstanden sind, wird dazu etwa folgendes geschrieben:

Eine derartige Lösung enthielte genau die gleichen Ungerechtigkeiten und unsozialen Beschränkungen wie die Konkurrenzklausel, denn auch sie würde den Angestellten ohne entsprechende Gegenleistung ja Verpflichtungen und Einschränkungen seiner Erwerbsmöglichkeiten auferlegen, würde im Interesse des Vermögens des ersten Arbeitgebers die persönliche Entfaltung und Arbeit des Angestellten hindern, also unsozial sein. Der Hinweis auf ein gutes Einkommen dieser „Vertrauensmänner" hat keine Bedeutung, denn es wird gegenüber dem Diensteid genau so wenig Platz greifen, wie jetzt bei dem Angestellten unter Konkurrenzverboten. Wenn die Unternehmer wirklich glauben, eines langjährigen Schutzes ihrer Geschäftsgeheimnisse nicht entbehren zu können, so werden sie sich diesen Schutz etwas kosten lassen müssen. Sie können auch heute durch langjährige Anstellungsverträge sich leicht sichern. Aber es ist ein übles Entgegenkommen, wenn man die Konkurrenzklausel ersetzen will durch eine Einrichtung, die den Dawiderhandelnden nicht nur schadenersatzpflichtig, sondern auch strafbar machen soll. Zum mindesten müßte dann auch eine Sicherung der Stellung damit verbunden

sein, etwa in der Weise, daß der Chef das freie Kündigungsrecht verlöre und nur aus solchen „wichtigen" Gründen das Dienstverhältnis lösen könnte, aus denen jetzt eine Entlassung ohne Kündigungsfrist möglich ist.

Bemerkenswert sind ferner noch die Aufsätze von Potthoff und Fuld im „Recht" [1]). Potthoff führt aus, die Konkurrenzklausel sei unsozial, sie wirke ungerecht durch ihre Einseitigkeit, sie widerspreche den Interessen der Allgemeinheit, ohne den Interessen der Unternehmer zu dienen, und sie sei auch nicht notwendig, da die Unternehmer sich durch Dienstverträge bis zu 5 Jahren genügend schützen könnten. Er verlangt deshalb völlige Nichtigkeit jedweder Konkurrenzklausel.

Demgegenüber wirft Fuld Potthoff vor, diese Frage einseitig vom Standpunkt des Gehilfen aus beurteilt zu haben, und weist auf die Interessen der Unternehmer an der Konkurrenzklausel hin, er betont, daß insbesondere die chemische Industrie im Hinblick auf den Schutz gegen ausländischen unlauteren Wettbewerb insolange nicht darauf verzichten könne, als nicht die Gesetzgebung über den Schutz gegen Geheimnisverrat verbessert werde. Die chemische Industrie sei aber mit einer Regelung einverstanden, wonach auch bei technischen Beamten von der Klausel nur dann Gebrauch gemacht werden könne, wenn der Unternehmer dem Beamten für die Dauer der Verpflichtungszeit dasselbe Gehalt bezahle, wie während der Dauer des Dienstverhältnisses, die chemische Industrie wolle sogar noch weiter gehen und für die Dauer der Verpflichtungszeit auch einen vollwertigen Ersatz für Gratifikationen und Gewinnanteile gewähren, welche der Beamte bei einem im Verhältnis niedrigeren fixen Gehalt bezogen habe. Diese Zugeständnisse hält Fuld für vollkommen genügend.

Gareis [2]) ist entschiedener Gegner jedweder Aufhebung sowohl, wie Abänderung der Konkurrenzklausel.

[1]) XII. Jg. 1908 Nr. 4 S. 159 ff.

[2]) D. J. Z. XIII. Jg. 1908 Nr. 1 S. 41 ff.

Statt neue gesetzliche Bestimmungen aufzustellen, hält er es für viel besser, wenn die Rechtsprechung es lernt, sich mit dem vorhandenen Recht in einer dem etwa neu auftauchenden Bedürfnis entsprechenden Weise gut abzufinden, wie dies in hervorragender Weise die römischen Juristen und heute noch die Judikatur des französischen Rechts zeige; aber auch die deutsche Rechtsprechung vermöge und tue es. Er habe sich nach Prüfung von etwa 80 auf die Konkurrenzklausel bezüglichen Urteilen deutscher Gerichte davon überzeugt, daß die Rechtsprechung an der Hand der jetzigen Gesetzgebung durchaus nicht unerträglich sei; daß sie vielmehr volles Verständnis für das sozial Anzustrebende besitze und dementsprechend auch das jetzige Recht anzuwenden verstehe. An der Feststellung, daß die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft sich mit dem Urteil des Kaufmannsgerichtes München vom 2. März 1906, welches unter Auslegung der geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel in durchaus einwandfreier Weise dem sozialen Empfinden beider Parteien, des Prinzipals und Angestellten, Rechnung getragen habe, einverstanden erklärt hätten, knüpft Gareis den Satz, daß, wenn man Grund hätte, mit der Rechtsprechung zufrieden zu sein, kein Grund vorhanden sei, das Gesetz zu ändern.

Einige Beachtung verdienen ferner noch die vom Hansabund gemachten Abänderungsvorschläge. Eine von diesem Bunde berufene Kommission von Kaufleuten und Handlungsangestellten hat für eine Änderung der heutigen Vorschriften des H. G. B. über die Konkurrenzklausel für kaufmännische Angestellte folgende Grundsätze aufgestellt:

Die Konkurrenzklausel soll für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich sein, „als berechtigte Interessen des Geschäfts geschützt werden sollen", ferner soll sie nur noch für solche Handlungsgehilfen zulässig sein, welche ein Gehalt von mehr als 3000 Mark beziehen und sie soll nur dann rechtswirksam sein, wenn dem Handlungsgehilfen für die über die Vertragsdauer hinausgehende Beschränkung

seiner kaufmännischen Tätigkeit eine Entschädigung gewährt wird.

Auch der dreißigste Juristentag (in Danzig) hat zur Frage der Konkurrenzklausel Stellung genommen. Sie kam zur Sprache bei der Erörterung darüber,

> ob es sich empfiehlt, soziale Schutzvorschriften in der Art der für die Handlungsgehilfen bestehenden für Privatangestellte überhaupt zu treffen.

Gutachten lagen vor von Prof. Oertmann[1]) (Erlangen) und Dr. Potthoff[2]) (Düsseldorf). Beide Gutachter bejahen die Frage, sie sind für die Schaffung eines allgemeinen Angestelltenrechts, für eine Ausdehnung der für die Handlungsgehilfen bestehenden sozialen Schutzvorschriften auf alle Privatangestellten. Aber dieses „alle" ist nicht wörtlich zu nehmen; in Wirklichkeit sind nicht alle Privatangestellte ins Auge zu fassen, sondern nur die sogenannten qualifizierten, gehobenen Arbeiter und Angestellten. Es scheiden aus die einfachen Arbeiter, das Gesinde und die öffentlichen Beamten. Nach Oertmann[3]) soll neben dem besonderen Handels- und Gewerberecht allmählich ein selbständiges Arbeitsrecht im Sinne einer Ergänzung des allgemeinen bürgerlichen Rechts treten. Es sollen also die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht abgeändert werden, es soll vielmehr nur neben ihnen für gewisse Sondergebiete ein Sonderrecht geschaffen werden, ein Sonderrecht allerdings nicht nur gewisser Einzelberufe, sondern ein Sonderrecht für die berufsmäßige Arbeit der Angestellten überhaupt. Näher darauf einzugehen, welche Kategorieen von Angestellten in den beiden Gutachten eine besondere Berücksichtigung gefunden haben, sowie welche Schutzvorschriften und in welcher Weise diese zur Anwendung ge-

---

[1]) Bd. I S. 112 ff.
[2]) Bd. I S. 266 ff.
[3]) Bd. I S. 123.

langen sollen, ist hier nicht am Platze [1]). Hier heißt es nur zur Frage der Konkurrenzklausel Stellung zu nehmen. Oertmann [2]) erscheint eine Verallgemeinerung dieser Schutzvorschrift auf alle Angestellten dringend wünschenswert; sie entspreche vielfach geäußerten Wünschen und beseitige eine innerlich nicht begründete, leicht gehässig wirkende Ungleichheit der Behandlung. Es sei kein Grund vorhanden, bisher nicht dem Schutze von §§ 74, 75 H. G. B. bzw. Gew.-O. § 133 f unterworfene Personen, wie Schauspieler, Redakteure, wissenschaftliche Hilfsarbeiter, dieses Schutzes nicht voll und ganz teilhaftig werden zu lassen. Wenn aber überhaupt einmal eine Umänderung der §§ 74, 75 vorgenommen werden sollte, so müßten die beiderseitigen Interessen für die Wirksamkeit der Klausel entscheidend sein, es müßte das Verbot innerhalb der Grenzen der §§ 74, 75 nur insoweit anzuerkennen sein, als in jedem Einzelfalle ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers vorhanden sei [3]). Potthoff [4]) ist, wie schon früher angegeben, entschiedener Gegner jedweder Konkurrenzklausel, er fordert eine radikale Aufhebung derselben, weil sie unsozial sei.

Das Referat über diese Frage hatten auf dem Juristentage Staatsminister a. D. Exz. Dr. Klein (Wien) [5]) und Justizrat Dr. Junck (Leipzig) [6]) übernommen. Klein kommt zu dem Ergebnis, daß die für die Handlungsgehilfen bestehenden sozialen Schutzvorschriften als zwingendes Recht auf alle Privatangestellten auszudehnen seien, die höhere Dienste leisten. Was die Konkurrenzklausel selbst anbelangt, so verweist Klein auf Bestimmungen des neuen österreichischen Handlungsgehilfengesetzes (siehe S. 99 ff),

---

[1]) Es sei verwiesen auf die D. J. Z. 1910 Nr. 16/17 S. 934 ff und Nr. 19 S. 1052 ff.

[2]) S. 150 ff Bd. I.

[3]) Bd. I S. 152.

[4]) Bd. I S. 277.

[5]) Bd. II S. 127 ff.

[6]) Bd. II S. 145 ff.

wenn überhaupt einmal eine Abänderung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen getroffen werden solle. Die Revision des § 74 H. G. B. in Erörterung zu ziehen, sei nicht am Platze und auch nicht beabsichtigt. Die Gesetzgebung über die Bestimmungen der Konkurrenzklausel sei zur Zeit im Flusse, deshalb erübrige sich ein näheres Eingehen auf dieselben. Jedenfalls aber empfehle er eine Ausdehnung des H. G. B. § 74 mit dem Vorbehalte, daß etwaige Verbesserungen dieser Vorschriften sich auf alle oben erwähnten Angestellten (Privatangestellte, die höhere Dienste leisten) zu erstrecken hätten.

Junck kommt in seinem Referat ebenfalls zu einer Bejahung der gestellten Frage, die Kodifikation des gesamten Angestelltenrechts sei eine Aufgabe der Gesetzgebung der Zukunft. Was eine Revision des § 74 H. G. B. angeht, so glaube er, daß es späterhin einmal zu einem gänzlichen Verbot der Konkurrenzklausel kommen wird, zu einem Ersatze durch andere Vorschriften, die sich in der Linie einer nur teilweisen Beschränkung des Angestellten an Stelle der vollkommenen Lahmlegung seiner Dienstkraft bewegen würden.

Bei der Abstimmung [1]) wurden die Leitsätze von Klein — wenigstens soweit sie hier im Rahmen unserer Aufgabe in Frage kommen und aufgezählt sind — angenommen. Demnach war das Ergebnis der Verhandlungen:

1. Bejahung der gestellten Frage.
2. Ausdehnung des § 74 H. G. B. auf alle Privatangestellten, die höhere Dienste leisten, mit dem Vorbehalte, daß etwaige Verbesserungen der Bestimmungen des § 74 H. G. B. auch ihnen zugute kommen sollen.
3. Die Tagesordnung des nächsten Juristentages soll die Frage bilden, welche sonstigen Schutzvorschriften gleichmäßig für die unter 2 genannten Personen zu treffen sind.

[1]) Bd. II S. 197.

Wie und ob überhaupt eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel erfolgen wird, mag die Zukunft lehren. Jedenfalls ist es zum mindesten angebracht, daß die für die Handlungsgehilfen geltenden Vorschriften in ihrem vollen Umfange auch auf alle anderen Privatangestellten Anwendung finden. Aber in der Literatur geht man noch weiter. Für den Fall, daß ein Arbeiter Träger von Gewerbegeheimnissen ist, so daß aus seiner Untreue eine wesentliche Beeinträchtigung des Fabrikherrn hervorgehen kann, hält es Kohler[1]) für angebracht, den Fabrikarbeiter ähnlich wie eine der in § 133 a Gew.-O. genannten Personen behandeln zu lassen. Hier steht einer verhältnismäßig geringen Arbeiterzahl die Wohlfahrt der deutschen Industrie und damit auch die Wohlfahrt von Tausenden von Arbeitern gegenüber. Der Fabrikarbeiter, welche in die Fabrikgeheimnisse eingeweiht werden, sind verhältnismäßig wenige, der Arbeiter aber, die durch Verrat eines Geheimnisses und nachfolgenden Niedergang des Geschäfts betroffen werden, sind oft Tausende. Es kommt allerdings mehr und mehr auf, die technischen Akte den einzelnen Arbeitern zu verschleiern, so daß regelmäßig nur die Leiter und Werkmeister in die Geheimnisse eingeweiht sind.

Zum Schluß sei noch eine kurze Bemerkung zu der Ansicht derjenigen gestattet, die für eine völlige Aufhebung der Konkurrenzklausel sind. Diese lassen sich zu sehr von dem Gesichtspunkte leiten, daß die Klausel unsozial sei, weil sie geeignet wäre, dem Angestellten die Lebensader zu unterbinden. Sie berücksichtigen dabei aber wenig oder gar nicht, daß sie mit den Interessen des Prinzipals in Konflikt geraten. Ich verweise auf die Verhandlungen, die bei der Beratung der §§ 74, 75 H. G. B. im Plenum des Reichstags gepflogen wurden. Hier hob Staatssekretär Dr. Nieberding[2]) mit Recht hervor, daß durch die Abschaffung der

[1]) S. 21.

[2]) Hahn Mugdan S. 690.

Konkurrenzklausel die wirtschaftlichen Existenzbedingungen der kleineren Prinzipale geradezu gefährdet würden. Das Interesse, das von Seiten der Prinzipale den Handlungsgehilfen gegenüber vertreten würde, beruhe einfach darin, daß sie diejenigen Erfahrungen und Kenntnisse, die sie im Laufe ihres geschäftlichen Lebens unter Aufwendung langer Arbeitszeit, ihres kleineren, vielfach schwer erworbenen Kapitals gesammelt hätten, einigermaßen doch für sich bewahren möchten, daß diese geschäftlichen Werte nicht der Raub eines jeden ins Geschäft gekommenen Handlungsgehilfen würden, der kurze Zeit im Geschäfte bliebe, um es dann wieder zu verlassen und die fremden Erfahrungen für sich auszunutzen, ohne Mühe und Kosten, während der Prinzipal mit Mühe, Kosten- und Zeitaufwand sie im Laufe der Jahre sich errungen habe.

Und sicher ist ferner, daß die Gehilfen, die doch ihr Leben lang nicht Gehilfen bleiben, sondern demnächst auch selbständige Geschäftsinhaber werden wollen, wenn sie das geworden sind, auch nach Maßregeln greifen werden, um sich gegen unbillige illoyale Konkurrenz zu schützen.